· BIBLIOTECA ·
· LVCCHESI · PALLI ·

Grande Sala O.S.
15-II-3

III 15 II 3

SISTEMA

DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

20690

SISTEMA

DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

per l' avvocato

NICOLA DE CRESCENZIO

Professore pareggiato nella Università di Napoli

BIBLIOTECA NAZIONALE VITTORIO EMANUELE III · NAPOLI

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED AMPLIATA

VOLUME PRIMO

BIBLIOTECA LUCCHESI PALLI

NAPOLI
Presso **NICOLA JOVENE** libraio-editore
Trinità Maggiore, 39.

1869

Proprietà letteraria posta sotto la salvaguardia delle leggi e dei trattati.
Si avrà per contrafatta ogni copia che non porterà a fronte la cifra e la numerazione dell' autore.

TIPOGRAFIA DELL' ANCORA
Nel Monastero di S. Giorgio Maggiore a Forcella.

PREFAZIONE

ALLA SECONDA EDIZIONE

Nel nuovo indirizzo degli studii iniziato dopo la nostra politica rigenerazione, ebbi in animo di presentare alla gioventù studiosa un trattato completo di *diritto civile romano,* esponendone le ragioni ed il metodo nella prefazione della prima edizione. La quale, essendosi esaurita nel corso di pochi anni, addimostra, come il sistema, se non in tutto, in parte almeno, abbia raggiunto il suo scopo.

L' ordinamento ed il metodo di questa seconda edizione sono gli stessi, e sebbene siavi in Italia cotesta opinione dover il diritto romano esser trattato in guisa, da presentare in figura principale quegl' istituti che aver potessero oggi ancora una pratica importanza, che anzi questi istituti medesimi guardare in modo da lumeggiare le odierne istituzioni giuridiche, pure ho creduto insistere nel presentare le teorie romane in tutto il loro organismo nè trasandando, nè mettendo in ombra alcuna parte, essendo io convinto, che un istituto è complemento dell'altro, e che non è mai perfetta la conoscenza di una sola parte più o meno importante, che creder si voglia, se non la si riguarda nella sua organica connessione coll' intero sistema.

La quale erronea opinione se prevaler potesse, si sperderebbe questo antico tesoro della sapienza civile de' nostri maggiori, restando tra non molti anni un diritto bastardo ed acefalo, che non sarà romano che di nome. E quando avremo preparato una o più generazioni, allo studio di una dottrina romana, che avrà perduto l' austero suo carattere, e con vesto di utilità pratica si risentirà delle contingenze presenti, forse anche transitorie o locali; si vedrà allora quanta poca utilità riporterà lo svolgimento delle presenti istituzioni.

La storia ci addita i pochi vantaggi toccati alle legislazioni moderne, quando i legislatori vollero anch'essi accettare molte dottrine romane, accogliendole come erano state trattate dai giureconsulti, e dai medesimi alquanto trasformate per renderle accessibili ad attuali contingenze piuttosto, che ispirarsi alle fonti vive: si prese per romano, quello che non era più tale, e si credè in buona fede che i Romani la pensassero anche a quel modo.

Il Savigny fu certo esagerato, severo, e forse anche ingiusto con gli uomini che prepararono il progetto del codice del Primo Napoleone; ma non si può sconvenire, che, se le dottrine romane fossero state attinte alle pure fonti, si sarebbero evitate molte inesattezze. Laonde si segnò come progresso, e tale fu in fatti, nella revisione di quel codice appo noi nel 1819, e maggiormente nel nuovo codice italiano il riprendere in molti punti la pura dottrina romana.

Ho voluto accennare a questa falsa tendenza, perchè il pericolo ci minaccia troppo da vicino, ed una volta ci fe' paura vestendo una forma officiale, parlo di pochi anni or sono, quando un ministro di publica istruzione le fece buon viso, consigliando cotesto metodo con una circolare diretta alle università del Regno: fu proprio il caso di vedere con Giusti Bruto fatto Commendatore!

Ammiriamo invece con religioso rispetto questo grande monumento della sapienza civile dei nostri padri, senza portare le mani sagrileghe per mutilarlo, studiamolo anzi in ciascuna sua parte; ed i ruderi sono anche buoni, potendoci rivelare tutto un mondo antico, o mirabilmente ci aiutano nelle indagini scientifiche di quelle parti che furono rispettate dal tempo e che rimasero ferme. È follia sconoscere che molti istituti del diritto romano sono poco adatti alle esigenze della civiltà moderna, ma non perciò in una trattazione scientifica del diritto romano debbono essere trasandati; imperocchè senza di essi non si potrà mai giungere a comprendere lo spirito, il valore di quegli altri che si credono più conformi alle presenti istituzioni. Il diritto romano debba essere studiato come scienza a sè, nella sua vera ed austera fisonomia, ed il giureconsulto educato alla severità di quei principii saprà meglio giovare allo svolgimento delle moderne istituzioni; poichè solo allora può imparare a comprendere le leggi e a proporne i miglioramenti.

Per tutte queste considerazioni ho stimato richiamare sempre più l'attenzione de' giovani sulle fonti; quindi invece di presentar loro pochi frammenti al principio di ogni paragrafo, ho creduto meglio scegliere un frammento per ogni principio enunciato e trascriverlo a piè di pagina, di guisa che non vi sia principio o disposizione che non avesse il suo testo che direttamente lo riguarda.

E questo faceva per molte ragioni; primamente perchè il giovine si rendesse famigliare col linguaggio delle fonti; secondamente perchè egli fin da principio acquistasse la coscienza d'apparare la dottrina romana vera e genuina; in terzo luogo perchè non si confondesse nel riscontro di molti testi, tratti alle volte da titoli diversi, e riportati per analogia.

Avrei voluto soddisfare il desiderio di molti dei miei discepoli di allargare molto di più quei chiarimenti storici, che in questa seconda edizione presento col nome di Appendici; da qualche tempo mi ero accinto al lavoro, ma ho dovuto smettere; poichè avrei dovuto trattare la storia completa degl'istituti giuridici, e ciò mi avrebbe condotto fuori dell' indole di questo libro. Forse verrà tempo che questo desiderio sarà soddisfatto, ma sotto un'altra forma di lavoro. Dove ho creduto infine più opportuno, ho cercato di allargare o restringere la materia, adoperandomi, per quanto mi è stato possibile, migliorare il dettato, rendendo intelligibili molti principii. Queste riforme introdotte per maggiore utilità de' giovani mi fanno sperare, che questa seconda edizione riuscirà più compiuta della prima.

Napoli, 27 luglio 1869.

PREFAZIONE

ALLA PRIMA EDIZIONE

Egli recherà certamente sorpresa il vedere con un titolo simile publicare un trattato di diritto civile de' Romani, quando ingegni più valorosi, tra'quali non ho certamente la pretensione di essere annoverato, si sono arrestati innanzi alla vastità del tema, di cui le difficoltà non possono essere debitamente calcolate. E ciò tanto più farà maraviglia, quando si considererà che libri d' istituzione di reputati giureconsulti alemanni sono nelle nostre scuole adottati con pieno successo.

Lungi da me la temerità di volere offrire al pubblico una qualche novità; sono troppo convinto della pochezza delle mie forze per tentare qualcosa di simile, e per non discostarmi da'sistemi tenuti fino ad oggi per eccellenti; soltantochè per le peculiari circostanze, in cui trovasi la scienza presso di noi, e per l'indole de' nostri studiosi, io mi permetteva di apportare qualche modificazione ai libri che trovansi oggi nelle mani di tutti. In questo modo mi prefiggeva il modesto proposito di recare un qualsiasi giovamento ad uno studio ritenuto generalmente e da secoli come fondamentale, per noi massimamente, rappresentando questo diritto le più gloriose nostre tradizioni giuridiche, la base necessaria dell' attuale legislazione, ed il punto di partenza della ventura, abbracciando così il presente il passato e l'avvenire della legislazione.

Nessuno più di me potrà altamente ammirare quei libri d' istituzione che corrono tra le mani dei giovani, dopochè mi fu dato udirne qualcuno svolto dall'autore medesimo nelle università di Alemagna; e mi godeva l'animo, quando, ritornato in patria, ne vedeva molti generalmente adottati. Con tutto ciò non ho per fermo che essi siano adatti tanto alle nostre scuole, da non esser necessaria una più o meno grande modificazione.

Non di rado, eccetto qualche compendio di storia o delle Istituzioni del diritto romano, gli autori compilarono quelle opere per servire di manuale nelle loro cattedre, o per i loro ascoltatori; perciò sotto le rubriche de'paragrafi accennano i principii, che poi svolgono con le conferenze. Il diligente studioso è obbligato a notarsi nella cattedra la conferenza del suo professore per riempiere il vuoto alquanto sensibile del manuale. Un tale sistema è andato tant'oltre, che non è raro vedere un insegnante alemanno dare ai suoi uditori un manuale, in cui non si rinviene, che la sola rubrica del paragrafo con qualche citazione o controversia; sicchè esso presenta solamente un piano, che il professore manda ad esecuzione dalla cattedra.

Un tale metodo ha le sue difficoltà per i giovani meridionali, i quali generalmente non reggono a questo lavoro. Io, che nel privato insegnamento ho cercato introdurre questo sistema, dopo quattro anni mi sono convinto, che volerlo assolutamente sarebbe una perdita di tempo con danno positivo della gioventù, la quale ha bisogno di un manuale, che per quanto è possibile, sia condotto in ogni sua parte; oltre a che non è difficile, che un libro, il quale non forma che il piano di un sistema, riesca in qualche parte oscuro per lo stesso insegnante, e poco intelligibile per lo scolare.

Ma prescindendo anche da questa ragione, che si troverà poco fondata da molti, che non da vicino conoscono i nostri giovani, un altro vuoto si manifesta nei manuali tedeschi, che riesce difficile appianarlo, ed impossibile alle volte allo stesso insegnante. Il professore alemanno ha l'obbligo di dettare il suo corso nel breve tempo di sei mesi, indipendentemente dal ramo più o meno importante della scienza, che svolge; stretto dal tempo egli, sia nel libro, sia dalla cattedra, scende raramente ai minuti particolari, alle ultime conseguenze, ed alle controversie; e, poichè lo stato odierno della scienza glielo permette, rimanda i giovani od i lettori alle monografie, all'effemeridi di giureprudenza, in cui i singoli punti della scienza sono svolti nei più minuti particolari. Ora è chiaro, che per adottare con pieno successo un compendio di Diritto Romano di autore alemanno, conviene al coscienzioso insegnante di riempiere questo vuoto, esponendo tutto ciò che l'autore non fa che citare, servendosi di quelle tali monografie, opere riportate dal medesimo; e ciò sia per completare il troppo ristretto manuale, sia per presentare alla gioventù l'ultimo movimento della scienza.

Quanto questo sia malagevole per noi non è chi nol vegga; imperocchè se l'insegnante si limita alle citazioni, è come se nol facesse, non potendo il giovane per la difficoltà della lingua riscontrarla da se stesso, dovrà assolutamente esporre quelle teorie, il che riesce difficile, non essendo tutti in possesso di quel non facile idioma, ed anche ad esserlo, non è agevole rinvenire tutto questo tesoro di materiali nelle nostre biblioteche; per la qual cosa, tuttochè ammirando quei sistemi, notiamo sempre un vuoto, che per le ragioni addotte riesce difficile colmare.

Un libro elementare a mio credere dovrebbe riguardare il ramo della scienza di che tratta da tutti i lati, di guisa che il giovane sia condotto a guardarlo nel suo vero aspetto, nella sua vera estensione; bisognerebbe che le linee principali del quadro fossero precise ed esatte non solo, ma sufficientemente rivestite ancora, lasciandosi all'insegnante il campo e l'ultimo colorito.

Guardando quale a noi si presenta il diritto romano, ci troviamo a fronte della grandiosa collezione giustinianea in quattro codici, i quali riuniti formano una sola legislazione. Ora il libro d'istituzione di diritto romano deve rappresentare in principal figura l'assieme di questo sistema, nella pienezza de' suoi principii e nella varietà e moltiplicità delle sue conseguenze. Il pretendere che per questo studio fosse sufficiente l' esporre quello che puramente appartiene alle Istituzioni, è un errore; poichè la conoscenza del diritto romano sarebbe non solo poco esatta , ma non avrebbe nessuna pratica importanza; al più potremmo dare ai giovani notizia di un diritto romano, ma non procurargli la conoscenza del medesimo.

Che ciò si volesse fare come introduzione allo studio di un diritto la cui vastità fa ancora maravigliare i popoli, sia; ma che poi ciò bastasse, sarebbe volere che si producessero molti e gravi inconvenienti. E di vero sfugge all'occhio del giovane la importanza del diritto romano, e si conchiude da lui la non necessità di questa disciplina; quindi passando in tutt'altro campo non meno vasto del diritto civile, egli non scorgerà mai nessuna relazione tra le Istituzioni da lui studiate e la disciplina che ha tra le mani; e quando, come suole avvenire, l'insegnante di diritto civile fa capo della sapienza romana, egli si trova privo di questo fondamento essenziale, e ciò indipendentemente da ogni altra importanza, che ha in sè il diritto romano, come base di ogni legislazione moderna, e perciò centro di uno studio di legislazione comparata, e tesoro inesausto di ogni scibile giuridico. Tutto ciò non è mestieri ora sviluppare, sì perchè l'indole della presente prefazione non mel concede, sì perchè oramai è generalmente conosciuto. All'incontro dopo un corso completo di diritto romano il giovane studioso, passando allo studio di diritto civile, o a studii più severi in fatto di legislazione privata, potrà senza grandi sforzi giungere all'altezza della legislazione positiva. Guardato da questo lato, il diritto romano ha non una importanza storica solamente, ma una importanza positiva ancora.

Il sistema del diritto romano dovrebbe rappresentare questa disciplina quale la troviamo nella collezione di Giustiniano; nel testo bisogna fare astrazione dallo stato anteriore del diritto, o pure, quando è necessario, usarne con parsimonia. Non voglio però che si credesse, non stimare necessario la storia del diritto romano; non sarò io, che proferirò questo paradosso, ma bramerei che si studiasse prima in tutta la sua estensione e successivo svolgimento unitamente alle Istituzioni, lavoro non meno importante che tenderò di compiere più tardi. Ma stimo difettoso un sistema che volesse innestare la storia delle istituzioni insieme alla trattazione positiva delle medesime, prima perchè le materie trattate a questo modo riuscirebbero lunghe al di là del dovere, secondo perchè si correrebbe pericolo, che l'inesperto lettore potesse confondere lo stato del diritto anteriore alla riforma, e che non appartiene che alla storia, con una legislazione certa e modificata nella forma e nella sostanza; oltrechè si fallirebbe lo scopo di rappresentare il sistema giustinianeo nella sua forma genuina e nel suo vero carattere tal quale lo troviamo nel corpo del diritto, quantunque con altro ordine disposto.

Dall'altra parte accade il più delle volte che la intelligenza dei singoli istituti non può essere mai completa, se non si noti lo stato del diritto anteriore alla riforma, poichè indipendentemente dai passi delle Pandette nei quali continuamente si fa menzione di un diritto già trascorso, alcune parti della riforma si collegano così strettamente ad una legge o ad una antica istituzione, che sarebbe poco assennato tacere lo stato e la successione storica di un simigliante istituto. Stimo per conseguenza necessario di ricordare, quando l'occasione lo detta, lo stato prima della riforma giustinianea, nè vi sarebbe nessun male, se ciò si facesse in ogni istituto giuridico senza alterare il testo, ma esponendolo alla fine di ogni capitolo a modo di appendice, altrimenti nascerebbero i succitati inconvenienti.

In questa guisa trattato, il sistema del diritto romano riguarda già un punto essenziale, ed è l'assieme del diritto giustinianeo che riflette nel medesimo tempo la storia delle sue istituzioni. Resta a far notare un ultimo punto, secondo me il più importante, e di una difficoltà quasi insormontabile, atteso lo stato della scienza presso di noi, voglio parlare della interpretazione dei testi. È inutile che io rammenti in questo luogo, che in ciò consiste massimamente lo studio, e che in questo terreno si divisero le scuole. Questa materia trattata da Irnerio fino ai nostri giorni suscitava tali e tante controversie, che oggi ancora l'assieme delle medesime si appella comunemente *ius controversum*. Non credo di calunniare gli eletti ingegni d'Italia asserendo esser noi alquanto indietro mancando i necessarii materiali. La publicazione del codice francese appo noi spezzò il filo delle nostre tradizioni giuridiche, e ci accadde, come in altri tempi avvenne per la publicazione della Somma di Accursio. A questo riguardo gli antichi nostri giureconsulti ci possano offrire una ricca messe di materiali; ma dopo la scoverta Veronese delle istituzioni di Gaio, e quella di Angelo Mai si è creato un mondo novello, e la scienza prendeva tutt'altro indirizzo, di guisa che volendo trattare questo difficilissimo tema non si può fare astrazione, anzi è indispensabile riportare l'attenzione de'giovani sul movimento ultimo della scienza; onde bisogna ricorrere agli alemanni, presso de'quali sì per sistemi, monografie, ed effemeridi si è trattata ogni rimota parte di questo diritto, non restando forse più campo alla interpretazione. È precisamente questa circostanza che rende questo punto della scienza di grande difficoltà; imperocchè il citare le opere in cui tali controversie vengono trattate, accennando per capi la controversia medesima, non gioverebbe che a pochi, i quali sono iniziati nell'idioma tedesco, ma non alla generalità de' leggitori; o almeno questo si potrà, quando si tratta di mettere a rilievo ed a confronto opinioni di autori antichi, le opere de'quali sono intelligibili a tutti. Toglierle di mezzo sarebbe mancare la parte più interessante ed indispensabile ad uno studio di diritto romano. Non resta adunque che trattare, qualora si presentino le occasioni, le controversie il più estesamente possibile, accennando le opinioni de' più riputati giuristi de' nostri giorni, dando ragione di ciascuna di esse, e riportando per esteso i passi su i quali cade la interpretazione. In questo modo un sistema di diritto civile romano sarà completo, riguardando tre punti essenziali, l'assieme delle determinazioni contenute nel corpo del diritto, la storia delle medesime, le controversie che si sono agitate e che si agitano attualmente nelle scuole. Esso presenterà ai giovani studiosi un doppio vantaggio, prima richiamerà la mente de'giovani ad uno studio più vasto e più severo di una legislazione che forma l'unico e glorioso fondamento delle nostre giuridiche tradizioni, secondo perchè riguardando tutti i punti della teoria, il giovane potrà nello stesso libro d'istituzione che ha nelle mani trovar modo come estendere le sue conoscenze, senza essere costretto di ricorrere ad altri autori di sistema e di vedute differenti, e correre pericolo, inesperto ancora, di sperdersi in una via differente da quella che imparò a percorrere nella scuola; e, se per amore di sapere gli prenderà vaghezza di confrontare sistemi diversi, lo potrà fare senza pericolo, quando nella guida che ha nelle mani sono state trattate le principali controversie, e si additano quei giuristi che battono tutt'altra via.

Ecco il piano secondo il quale ho creduto condurre il presente libro d'istituzione. Nel testo ho cercato esporre l'assieme del diritto giustinianeo, rapportando a principii le singole determinazioni coi suoi più minuti e svariati particolari, avvisando alla fine di ogni capitolo della esplicazione storica di ciascuna istituzione, e senza alterare il diritto puramente giustinianeo, innestando in questa guisa la storia allo sviluppamento sistematico delle teorie. Nelle annotazioni ho tentato di rappresentare il movimento ultimo della scienza cercando, modo di rafforzare le teorie col confronto delle opinioni dissenzienti sulla interpretazione dei testi. Ciò faceva con l'aiuto de' più celebri giuristi alemanni e segnatamente di Savigny, Thibaut, Wächter, Puchta, e soprattutto del mio maestro Vangerow a cui debbo quel poco che so, prendendo ora occasione di manifestargli eterna gratitudine; così oggi ci è forza far tesoro delle fatiche degli stranieri, come altra fiata essi si avvalsero delle nostre.

In fine ho stimato conveniente di riportare a fronte di ogni paragrafo in esteso qualche passo de' fonti e ciò sia per far concentrare l'attenzione de'giovani sulle definizioni, distinzioni, ed elementi esposti dai medesimi fonti, sia per cercare d'infondere negli animi giovanili l'amore per essi; notandosi spesso lo sconcerto, che molti si avvisavano studiare diritto romano senza l'aiuto del corpo delle leggi.

In simigliante guisa ebbi la speranza di offrire un libro d'istituzione per le scuole, spinto dal caldo desiderio di essere utile alla gioventù italiana. Sperando nella benignità de'dotti, credo mi si metterà a calcolo le difficoltà non lievi che passo passo sorgono trattando un tema per se stesso difficoltosissimo; e se queste umili carte potessero apportare un vantaggio quantunque piccolissimo alla gioventù studiosa, sarebbe questo un sufficiente guiderdone alle mie fatiche.

Napoli, 10 novembre 1863.

L'AUTORE.

PARTE PRIMA

INTRODUZIONE

§. 1.

Del diritto civile romano.

Il ramo della scienza, che abbiamo intitolato Sistema del Diritto Romano, ha per base il diritto dei Romani nell' ultima e totale riforma, quello che comunemente appellasi Diritto Giustinianeo.

Il *Corpus iuris* adunque è l' obbietto del nostro studio, ossia quegl' istituti giuridici che hanno un' origine romana, e che sono stati accettati dall' ultimo riformatore Giustiniano nei suoi codici.

Non tutte però le disposizioni del *Corpus iuris* saranno da noi prese in esame; la nostra occupazione sarà più limitata, essendo nostro scopo di occuparci delle basi di ogni istituzione civile; eliminate saranno adunque tutte quelle istituzioni di diritto che appartengono al diritto publico ed alla ragion penale, non restando come nostra speciale materia che il diritto privato dei Romani in tutta la sua ampiezza, e nei suoi più minuti e svariati particolari (a).

Fonti del diritto romano.

§. 2.

Codici giustinianei.

L'unico fonte del Diritto Romano è il *corpus iuris civilis*, il quale raccoglie in sè tutta la sapienza civile dei Romani. Esso va diviso in quattro codici, i quali, sebbene distinti, pure formano un tutto armonico ed una sola legislazione; essi sono le Istituzioni, i Digesti o le Pandette, il Codice *(codex repetitae praelectionis)*, e finalmente le Novelle.

(a) *Savigny*, Sistema del Diritto Romano. Berlino 1840.

compilazione non doveva presentare solamente una collezione; ma ordinare le teorie in modo da formare un tutto armonico, senza che ciascun giurista perdesse nulla della sua originalità. La commissione legislativa accettò questo per sè non facile cómpito, e scelse la materia da 39 opere di giureconsulti (2).

Tre anni circa furono impiegati per terminare questo importante lavoro; si prese per base l'Editto, e, secondo le istruzioni dell'imperatore, fu eliminato tutto ciò che più non era applicabile, e compilato in guisa che ciascun frammento formò un articolo del codice, portante in fronte il nome dell'autore, e l'opera, donde era stato ricavato. Perchè poi vi fosse armonia in tutto il testo, e tolta ogni ombra di contraddizione, facile a succedere in 39 autori differenti, furono definite tutte le controversie, togliendo alcune cose, cambiandone altre, e altre aggiungendone *(Interpolationes* o *emblemata Triboniani)*.

Tutto il codice delle Pandette dividesi in 50 libri, ciascun libro in più titoli, e ciascun titolo in un numero più o meno grande di frammenti, i quali essendo parti integranti di un codice, sono oggi da appellarsi più propriamente leggi. Tutti questi 50 libri formano 7 parti corrispondenti alle 7 parti principali dell' Editto.

La prima parte (πρῶτα) è composta dei primi quattro libri, e contiene una specie d' introduzione; la seconda *(de iudiciis)* dal libro 5-11 tratta del giudizio, delle azioni reali, della legge Aquilia e di altre materie affini; la terza parte dal lib. 12-19 *(de rebus)* tratta delle condizioni e delle azioni personali; la quarta dal lib. 20-27 *(umbilicus pandectarum)* contiene differenti materie, come il pegno, le usure, i mezzi di pruova, il matrimonio, e la tutela; la quinta dal lib. 28-36 *(de testamentis)* tratta particolarmente della successione testamentaria coi legati e fedecommessi; la sesta dal lib. 37-44 contiene la teoria della *bonorum possessio*, della successione legittima, ed altre teorie; finalmente la settima parte dal lib. 45-50 contiene molte materie, tra le quali le teorie penali.

L' opera fu publicata il 16 Decembre 533 ed ebbe diversi nomi; *Digesta*, *Pandectae*, *Codex iuris antiqui enucleati:* ebbe forza di legge dal 30 Decembre del medesimo anno (a).

3) Il Codice delle costituzioni è il primo lavoro fatto da Giustiniano nel suo ardito piano di riforma; egli ebbe in mente di raccogliere tutte le costituzioni degl' imperatori senza badare se fossero editti, o rescritti, se fossero o no state raccolte nei tre codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, e dividerle secondo le rubriche delle differenti teorie di diritto. A tal uopo nominò una commissione di dieci giureconsulti sotto la presidenza di Giovanni ex questore del sacro Palazzo: l' anno seguente ai 16

(a) *Inst.* Const. dedit nobis, §. 21.

di Aprile 529 fu terminato il lavoro, publicato e nel medesimo tempo furono aboliti gli altri codici esistenti.

Non restò questo libro lungamente in uso, in quanto che non si trovò tanto in armonia con la riforma degli altri, cioè le Pandette e le Istituzioni. Per la qual cosa nel 534 Giustiniano nominò una commissione di quattro giuristi sotto la presidenza di Triboniano, affinchè facesse una revisione del Codice, inserisse le novelle costituzioni emanate dal 529-534 (3), e lo armonizzasse col codice delle Pandette. La revisione fu compiuta, e nel medesimo anno publicata. Questo codice ebbe perciò il nome di *Codex repetitae praelectionis.*

Il Codice è diviso in 12 libri, ciascun libro in titoli, e ciascuno di questi in un numero più o meno grande di costituzioni o frammenti di costituzioni, avendo a fronte il nome dell'imperatore, dell'ufficiale a cui era diretta, ed in fine la data. In generale si può dire, che come le teorie dei giureconsulti furono divise ed ordinate nelle Pandette, così le costituzioni da Adriano in poi nel Codice.

4) Finalmente le Novelle, o *novellae constitutiones* è il quarto ed ultimo libro legislativo della grande collezione giustinianea. Già fin dalla publicazione degli altri libri l'imperatore Giustiniano si era riserbato il diritto di modificare, secondo la opportunità e le circostanze, alcuni principii della legislazione vigente; e di fatti appena publicati i predetti codici continuò senza interruzione a riformare alcuni istituti della legislazione, che veniva appena ad essere publicata, con una serie di più o meno importanti modificazioni.

Queste costituzioni, la maggior parte scritte in greco, si appellarono *novellae constitutiones*, ed è rimarcabile, che la maggior parte delle medesime sono state scritte nei primi cinque anni dopo la publicazione degli altri codici. Ognuna di queste costituzioni contiene dapprima un' *inscriptio*, ossia il nome dell'imperatore, e dell'ufficiale a cui era diretta; quindi segue un proemio, specie d'introduzione a tutta la legge, ed infine un epilogo, in cui l'Imperatore dà le sue istruzioni all'impiegato, secondo che la legge dovrebbe essere applicata.

Queste costituzioni furono raccolte dopo la morte di Giustiniano e formano il quarto libro addimandato comunemente le Novelle.

Questi tre codici con le Novelle che bensì possono chiamarsi appendice al Codice, sebbene siano tre parti distinte, pure ciò non pertanto formano un sol tutto, ed è il solo Codice autentico del diritto romano: questo tutto oggi è chiamato *Corpus iuris civilis*, nome che abbiamo avuto da Dionisio Gotofredo che primo adoperò questo titolo nella sua edizione (1583) (b) (4).

(b) Il nostro metodo di citazione consiste di enunciare prima il segno §. se il passo da ci-

ANNOTAZIONI

(1) La commissione fu composta di 16 giuristi, cioè: Costantino, Doroteo, Teofilo, Anatolio, Cratino, Stefano, Menna, Timoteo, Leonzio, Prosdocio, Leonida, Iacopo, Giovanni, Eutolmio, Costantino e Platone.

(2) I giureconsulti, i frammenti de' quali furono accettati nelle Pandette, sono: Muzio Scevola, L. Elio Gallo, P. Alveno Varo, Antisteo Labeone, Sempronio Proculo, P. Giuvenzio Celso, Nerazio Prisco, Giavuleno, Aburno Valente, Salvio Giuliano, Sest. Cecilio Africano, Terenzio Clemente, Giunio Mauriciano, Sest. Pomponio, L. Volusio Meciano, Claudio Saturnino, Tarruntino Paterno, Papirio Giusto, Q. Cervidio Scevola, Ulpio Marcello, Gaio, Emilio Papiniano, Q. Ses. Tertulliano, Claudio Trifonino, Arrio Menandro, Fur. Antiano, Rutilio Massimo, Venuleio Saturnino, Domizio Ulpiano, Giulio Paolo, Callistrato, Elio Marciano, Fiorentino, Licinio Rufino, Emilio Macerone, Giulio Aquila, Erennio Modestino, Ermogeniano, ed Arcadio Carisio. Da questi nomi facilmente si scorge, che non fu trasandato nessuno, trovandosi i giuristi più antichi in Muz. Scevola e Labeone, ed i più giovani in Ermogeniano e Arcadio Carisio; bisogna per conseguenza affermare, che le opere di quei nomi illustri, come Capitone, Masurio Sabino, ecc., che vediamo brillare nei più bei tempi della romana giureprudenza, fossero già andate perdute ai tempi di Giustiniano.

(3) Celebri sono a questo riguardo le cinquanta decisioni (*quinquaginta decisiones*), nelle quali Giustiniano sciolse una quantità di pratiche controversie di antichi romani giureconsulti; la maggior parte di queste decisioni furono emanate tra il 520-30.

(4) I. Quantunque il titolo *Corpus iuris civilis* data come si è detto dal 1583, e fu adoperato massimamente per opporlo ad un altro titolo simile (*corpus iuris canonici*), pur tuttavia mai si è dubitato dell'unità del sistema giustinianeo, di cui i singoli codici non sono che parti integranti. Gli stessi Glossatori non la intendevano diversamente, quantunque non adoperassero un titolo comune; essi dividevano tutto il sistema giustinianeo in cinque parti o volumi, dei quali ognuno aveva il proprio nome. Così i primi tre erano detti Pandette, il primo fino al libro 24 titolo 2.° incluso era chiamato *Digestum vetus*; il secondo volume detto *infortiatum* incomincia col terzo titolo del libro 24 (*soluto matrimonio*), e termina col libro 38 incluso; finalmente l'ultima parte col titolo *Digestum novum* incomincia dal libro 39 e termina al libro 50. Il quarto volume conteneva il *Codex repetitae praelectionis* di cui ne portava il titolo, meno gli ultimi tre libri rinvenuti dopo. L'ultimo volume il 5.° conteneva le Istituzioni, le Novelle (*liber authenticarum*), ed i tre libri ultimi del Codice. In questo modo sono divise le prime edizioni del *corpus iuris*; più tardi si adoperò un'altra divisione, in quanto che il primo libro conteneva le Istituzioni, quindi le Pandette, il Codice, e finalmente le Novelle.

---

tarsi appartiene alle Istituzioni, ovvero la lettera L. (legge) se esso fa parte delle Pandette o del Codice, e la lettera N. se delle Novelle; quindi il numero del paragrafo della legge o del capitolo; appresso la rubrica del titolo, finalmente due numeri in parentesi dei quali il primo corrisponde al libro, il secondo al titolo; p. e. per le Istituzioni pr. ovvero §. 1. *Inst. de donationibus* (2. 7.); per i Digesti o le Pandette: L. 9. pr. §. 1. *de usufructu* (7. 1.); per il Codice: L. 1. C. *de curatore furios.* (5.70); finalmente per le Novelle: N. 53. c. 3. §. 1.

II. Il *corpus iuris* fino ai nostri giorni ebbe molte edizioni, le quali sono perfettamente estranee allo studio del diritto romano, alcune sono glossate, ed altre senza glosse. Delle edizioni della prima specie le più importanti sono:

1) Lugduni apud *Sennetonios* fratres, 1549-1550, 5 vol. in f.
2) cura *Antonii Contii*, Paris 1576, 5 vol. in f.
3) cura *Pet. ab Area Bandoza Cestii*, Ludg. 1593, 4 vol. in q.
4) cura *Io. Fehii*, Lug. 1527, 6 vol. in f.

Tra le non glossate si distinguono:

1) la *Contiana*, Lugduni 1571, correttissima edizione in 15 vol. in 8. pic.
2) cura *Lod. Russardi*, Lug. 1560, 1861.
3) le numerose edizioni di *Dionisio Gotofredo*, parte con note, e parte senza; tra le prime sono da raccomandarsi quelle di *Sim. van Leeuwen*, Amst. 1663, e la edizione di Francoforte 1663, in 4. Fra le edizioni senza note è ricercata la bella edizione di *Elzevir*, 1663 al 1664 in 8., detta *pars secundus* da questo errore di stampa.
4) cura *Lud. Charondae*, Anv. 1575 in f.
5) quella di *Gebauer-Spangenberg*, 2 vol. in 4 gr. Götting. 1776, 1797.
6) la edizione di *Beck*, Lipsia 1825, 5 vol. in 8°, edizione stereotipa.
7) quella dei fratelli *Kriegel*, Lips. 1833, 3 vol. in 4. Le Istituzioni, e le Pandette sono per cura dei fratelli *Kriegel*, il Codice per *Hermann*, e le Novelle per *Osenbrueggen*. Questa edizione si lascia raccomandare in preferenza delle altre per la facilità di usarla.

Oltre a queste edizioni di tutto intero il corpo del diritto vi sono state ancora altre di qualche parte speciale, così p. e.

1) In rapporto alle Istituzioni:
a) la così detta *editio princeps*—con glosse, Magunt. 1468, in f.
b) la così detta *Haloandrina* — senza glosse, Norimb. 1529, in 8.°
c) cura *Iac. Cuiacii*, Par. 1585, in f.
d) la edizione di *Biener*, Berl. 1812.
e) la magnifica edizione di *Schrader*, Berl. 1832, in 4 gr.

2) In quanto alle Pandette abbiamo:
a) la così detta *editio princeps*, con glosse; il *Dig. vetus*, Perug. 1476 *(Enr. Clayn)*, Digestum infortiatum, Rom. 1475 *(Vit. Puecher)*. Dig. nov. Rom. 1476.
b) la celebre *Haloandrina*, Norimberg. 1529, in 4. in 2 ed in 3 vol.
c) la magnifica e preziosa edizione di Firenze, chiamata perciò fiorentina, per cura di *Torelli*, Fir. 1553, in 2. 3. 4. vol.

3) Per il Codice abbiamo le seguenti edizioni:
a) la *editio princeps*, per i primi nove libri per *Pet. Schoyffer* de *Gernsheym*, Magunt. 1475, in f. e per gli altri tre con le Autentiche, Rom. 1476.
b) la *Haloandrina*, Norimberg. 1530, in fol.

4) Per le Novelle abbiamo:
a) la *editio princeps*, Rom. 1476, in f.
b) la *Haloandrina*, Nor. 1531, in f.
c) la edizione di *Henr. Scrimgerus*, Genev. 1558, in f.
d) la edizione di *Agylaeus*, Col. 1560, in 8.
e) le *Novellae constitutiones..... ex greco in latinum conversae*, *et notis illustratae a I. F. Homberg Marb. Catt. 1717, in 4.*

f) l' *Authenticum. Novellar. constitutionum Iustiniani versio vulgata cura* G. E. Heimbachii, Lip. 1846.

A tutte queste edizioni possiamo aggiungerne una recentissima con la traduzione in italiano.

Corpo del diritto corredato dalle note di D. Gotofredo e di C. C. Freiesleben alt. Ferromontano, preceduto dalla cronologia delle leggi di Roma con l' aggiunta delle Ist. di Gaio, dei fram. di Ulpiano, di Paulo e Vat., per *Vignali*, Nap. 1856 — 62. 10 vol. in f.

§. 3.

Fonti per la intelligenza del CORPUS IURIS.

Il *corpus iuris* fonte legale del diritto ha bisogno di altri per essere ben compreso. In questo caso dobbiamo adoperare non solamente gli scrittori antigiustinianei, i quali possono essere considerati in certo modo fonti dello stesso *corpus iuris* , ma ancora gli sforzi della scienza, che da secoli cerca d' illustrare sempre con nuova luce questo singolare monumento di scienza giuridica.

Possiamo dividere in tre categorie questi mezzi per la intelligenza del corpo del diritto:

1° Quei mezzi che ci sono pervenuti immediatamente dalla scienza civile dei Giuristi Romani ;

2° Quelli che ebbero origine immediatamente dopo nell' impero bizantino, dei quali la maggior parte sono interpretazione degl'istessi compilatori del sistema giustinianeo ;

3° Finalmente quelli prodotti in occidente per opera dei Glossatori fino ai nostri giorni.

ANNOTAZIONI

1) Tra i fonti della 1.ª categoria sono da pregiarsi primieramente le Istituzioni di Gaio; è l' opera più preziosa ed importante che avessimo acquistato nel secolo XIX, per mezzo di questo potente aiuto è stato possibile alla scienza di sciogliere molti dubbii, e rettificare molti errori (a). Sonosi fatti importanti lavori su questo scritto prezioso senza che vi sia un completo commentario. Si distinguono però i seguenti lavori: *Gans sciolie a Gaio, Berlino 1821. — Dupont disquisitiones in comment. quart. Institutionum Gaii, Lug. Bat. 1822; Heffter Gaii Institutionum commentarius quartus; Elvers prontuarium Gaianum*, Gött. 1824. Istituzioni di Gaio comm. l. IV. *Giuseppe Tedeschi*, Verona libr. alla Minerva, 1857.

(a) *Schrader* — Che guadagna la storia del diritto romano per le ist. di Gaio? Annali di Heidelberga, 1823. N. 60: 64. *Haubold*. Quantum fructum ceperit Rom. Iur. e Gaii Ist. Weuk opuscola, Vol. 1. p. 665.

2) Nel medesimo tempo che furono trovate le istituzioni di Gaio, si rinvenne ancora un antichissimo scritto, il quale appena fu decifrato ebbe il titolo *de iure fisci* d'ignoto autore; ma dopo una comparazione fatta segnatamente del §. 19, con la legge 45. §. 5. *de iure fisci*, lo scritto è stato attribuito a Paolo; ma questo è un punto molto controverso, v. principalmente *Valch de aetate frag. vet. Ic. de iure fisci*, Iena 1838, *Lachmann* negli annali storici (gesch. Zeitschriften) XI. p. 110.

3) *Stefano Edilcher* scovrì nel 1834 in Vienna un altro scritto prezioso, che dal titolo scritto in una di quelle pergamene è probabile che sia qualche frammento delle istituzioni di Ulpiano. Non è da confondersi questo frammento coi così detti frammenti di Ulpiano, imperocchè erano conosciuti moltissimo tempo prima; secondo alcuni titoli autentici del Vaticano i frammenti di Ulpiano sembrano essere tratti dall' opera di questo giurista *liber singularis regularum* confr. *Ulp*. XX. 6: con la leg. 17 de testibus. V. *Schilling*. diss. crit. de Ulpiani Fragmentis Vratisl. 1824. Le migliori edizioni dei frammenti di Ulpiano sono, quelle di *Hugo* ed. quint. Berol. 1834, quella di *Böcking* 1831, ed ultimamente quella di *Huschke*, Lips. 1861.

4) Come appendice ad uno scritto di un grammatico greco del principio del III. secolo trovavasi un frammento giuridico in greco, ed un'antica traduzione in latino; questo frammento è principalmente importante per la teoria della manomissione; fu publicato in latino la prima volta da *Pithou* nel 1523, più recentemente da *Sculting*, iurisp. anti-iust. Lugd. Bat. 1714, in 4.°, ed in latino da *Röver*, frag. vet. Ic. de iuris speciebus et de manumissionibus, Lugd. Bat. 1739.

5) I frammenti del Vaticano trovati dal Cardinale Angelo Mai formavano probabilmente fra il 372 ed 438 una collezione di passi di differenti giuristi, e di costituzioni imperiali per scopo d' istruzione, dai quali è stato possibile di ricavare sette titoli e non completi. Una delle buone edizioni con un commentario è senza dubbio quella di *Buchholz*, Regim. 1828, e l'ultima di *Bethmann — Hollweg*, Bonna 1833. v. ancora *Bruns* quid conferant Vatic. fragm. ad melius cognosc. ius Rom. Tub. 1838.

6) Non è senza interesse per la intelligenza del diritto romano la così detta *Lex Dei* o *collatio legum Romanarum et Mosaicarum*; è un parallello tra molti passi delle leggi romane presi da molti giuristi, non che dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano, con le leggi mosaiche. È stato pubblicato da *Blume*, *Lex Dei*, Bonna 1833

7) Il così detto *Breviarium Alaricianum*, o il codice romano dei Visigoti del 506. Questo codice è importante in quanto contiene molti e lunghi inalterati passi di giuristi romani. La migliore edizione è quella di *Haenel*, *Lex Romana Visigotorum* ad LXXVI libror. manuscript. fidem recognovit, Lips. 1847-49. Il Breviario contiene:

a) 16 libri del codice Teodosiano. Questo prezioso monumento incompleto nel Breviario è stato completato per opera degli Italiani specialmente da *Peyron* in Torino. *Codicis Theod. fragmenta inedita ex codice palimpsesto bibl. Taurinensis in lucem protulit atque illustravit Amed. Peyron 1823; da Clossio, Theodos. codicis genuina fragmenta ex membranis bibl. Ambrosianae Mediolanensis nunc primum edidit Clossius*, Tüb. 1824. La edizione più conosciuta è quella di G. *Haenel Codex Theodosianus ad LIV libror. manuscrip. et priorum editionum fidem recognovit et annotatione crit. instruxit G. Haenel*, Bonna 1837; migliore è quella di *Carlo de Vesme* incominciata in Torino nel 1839, già nei primi tre libri di questa novella edizione trovansi ben 23 costituzioni inedite;

b) le novelle di Teodosio II, Valentiniano III, Marciano, Magiorano e Severo. Oltre a quelle contenute nel Breviario, per mezzo di studii dei nostri più recenti scrittori si venne a conoscenza di altre Novelle, le quali non sono contenute in questo monumento del medio-evo. La migliore edizione è senza dubbio quella dell'infaticabile *G. Haenel. Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II, Valentiniani III, Marciani, Majorani, Severi, Anthemii. Ad libr. manuscript. et editionum fidem recognovit et annotatione critic. instruxit G. Haenel*, Bonn. *1844*;

c) le istituzioni di Gaio in due libri molto scorretti, i quali non sono di nessuna importanza dopo la scoverta veronese;

d) le *receptae sententiae* di Paolo in 5 libri, che sonosi stampate poi come appendice ad alcune edizioni del *Corpus iuris*, come segnatamente in quelle di Gotofredo;

e) 13 titoli del Codice Gregoriano;

f) 2 titoli del codice Ermogeniano. La migliore edizione di ambo i codici con aggiunte posteriori è quella di *G. Haenel, Codicis Gregoriani et codicis Hermogeniani fragmenta. Ad XXXV libr. Mstorum et priorum editionum fidem recognovit et annotatione critic. instruxit G. Haenel*, Bonn. 1835;

g) un piccolissimo frammento de' responsi di Papiniano publicato dopo nel corp. iur. anteiust. Vol. I p. II. pag. 39, Bonn. 1835;

8) la legge degli Ostrogoti conosciuta sotto il titolo *Edictum Theodorici*, la quale si compone massimamente delle sentenze di Paolo e di costituzioni imperiali. Il più recente lavoro su questo Editto, di pochissimo interesse per la corruzione dei testi, è quella di *Rhon, commentatio ad Edictum Theodorici regis Ostrogothorum*, Halle 1816, in 4.

9) Finalmente dobbiamo registrare in questa classe il codice dei Borgognoni chiamato Papiniano o *Lex Romana Burgundionum* compilato tra il 517-534 — per lo più fu attinto dal Breviario Alariciano, ma trovansi molti passi autentici, e per ciò di grande interesse. *Cujacio* per il primo lo publicò dietro alla sua edizione del codice Teodosiano, Lugd. 1560, è commentato da Amaduzzi, che lo publicò con le novelle di Teodosio dal manoscritto di Ottoboni, Roma 1765, in f.

Questi fonti del diritto antigiustinianeo trovansi riuniti nelle seguenti collezioni:

Iurisprudentia vetus Ante-Iustinianea ex recens. et cum not. *Ant. Schultingii*, Lugd. Cat. 1714, in 4. edit. nova praef. est *Ayrer*, Lips. 1737.

Ius civile Ante-iustiniancum codicum et optim. edition. ope a societate iurisconsultor. curatum; praefatus est *Gust. Hugo*, Berol. 1815. 2 vol.

Corpus iuris romani Ante-Iustinianei Consilio profes. *Bonniensium E. Puggaei et Bethmann-Hollwegii* et dum in vivis erat *E. Puggaei* curaverunt iidem assumptis sociis *L.Arndtsio, A. F. Bakovio, F. Blumio, I. F. L.Goeschenio, G. Haenelio* aliisque; praef. est *E. Boeckingius*, Bonn. 1835 seq.

II. Tra i lavori fatti sulla legislazione giustinianea immediatamente dopo la publicazione della medesima nell' impero bizantino sono da annoverarsi:

1) le parafrasi alle Istituzioni di Teofilo, uno dei collaboratori delle Istituzioni di Giustiniano, sono lezioni scritte ancora prima della publicazione del Codice *repetitae praelectionis*, interessanti non solo per l'intelligenza delle Istituzioni di Giustiniano, ma ancora di tutto il Diritto Romano. La migliore edizione è quella di *Reitz* Hag. Com. 1751 2. vol. in 4;

2) il compendio delle Novelle di Attanasio.

In questo lavoro le costituzioni furono messe sotto le rubriche di 22 titoli, ed alla fine del titolo un indice. Questo scritto fu probabilmente incominciato durante la vita di Giustiniano, e finito sotto il suo successore Giustino. La prima edizione coi prolegomeni è quella di *Haimbach*. nel 1. vol. dei suoi 'Ανεκδοτα, Lips. 1838;

3) il compendio delle Novelle di Teodoro compilato in sul finire del VI. secolo. Questo lavoro ha per base 168 Novelle; una completa edizione è stata fatta per cura di Zachariae su di un manoscritto da lui trovato sopra il monte Atho v. nei suoi 'Ανεκδοτα, Lips. 1843 p. 1. seq.;

4) un piccolo scritto sulla partizione del tempo nel Diritto che viene attribuito ad Eustazio. Fu publicato ultimamente da Zachariae sotto il titolo. ἀι ῥοπαι;

5) un compendio publicato come legge da Basilio il Macedone e suoi figli Costantino e Leone verso l'an. 878, in cui gli elementi del diritto sono esposti in 40 titoli. Fu publicato primieramente da Zachariae sotto il titolo ὁ προχειρος νομος *Imp. Basilii, Costantini, et Leonis prochiron.* Heidelberga 1837;

6) le Basiliche è una modificazione della legislazione giustinianea fatta dalla publica autorità sotto il regno di Leone il Filosofo; per mezzo di questo lavoro doveva essere ordinata tutta la legislazione giustinianea in un solo codice, ossia tutto ciò che si contiene nelle Istituzioni, Pandette, Codice e Novelle doveva essere messo sotto altre rubriche. Tutta questa materia fu ordinata in greco in 60 libri, che non sono tutti pervenuti alla nostra età. Una edizione completa dei libri pervenutici fu fatta da prima per cura di *Fabrot*, Parigi 1647 in 7 volumi fol., quindi ristampato con un supplemento di *Ruhnke* e *Reitz*, *Operis Basilici Fobriotani supplementum. Lugd.* Bat. 1765. Una edizione più accurata e completa è quella di *Haimbach. Basilicorum Libri LX, Lips.* 1833 seq. V. vol. 4., alla quale si è aggiunto un supplemento di *Zachariae: supplementum editionis Basilic. Heim. lib. XV — XVII cum scholiis antiquis integros nec non lib. XIX Bas. novis auxiliis restitutum continens. edid. C. E. Zachariae a Lingenthal.* Lips. 1846 in 4. — Con più facilità ad usarsi è il manuale delle Basiliche di Haubold, Lips. 1819 in 4.

7) *Sinopsis Basilicorum* è il titolo di un compendio delle Basiliche compilato in 348 titoli nell'anno 969. L'unica edizione fino ai nostri giorni è quella di *Löwenklau* con cambiamento di titoli: *LX. Libr.* Βασιλικων — *Ecloga sive Sinopsis Basil. 1575, v. Labbaei* observationes et emendationes in Sinopsis Basilic. Par. 1606 in 8.

8) Una interessante monografia sul peculio dei figli di famiglia probabilmente del Sec. XI. pervenutaci in tre differenti manoscritti editi da Heimbach in 1 vol. nei suoi 'Ανεκδοτα, p. 147.

9) Προχειρον τον νομων τὸ λεγομενον ἡ ἑξαβιβλος *manuale legum dictum Hexabliblus* di Costantino Ermenopolo nel 1345. La migliore edizione è quella di *Reitz* nel Thesaurus Meermanni, t. VIII. v. *Zachariae historiae juris greco-romani delineatio*, Heidelb. 1839 — *Montreuil histoire du droit Bysantin*. III. vol. Paris. 1843-44.

III. La terza categoria dei mezzi per la interpretazione della legislazione giustinianea sono i lavori de' Glossatori, i quali furono i primi in occidente ad iniziare questo studio ed influirono molto sulla correzione dei testi. Le note scritte immediatamente sotto il testo furono dette Glosse, onde il nome di Glossatori. Per la qual cosa non è senza interesse della scienza il sapere quali passi del *corpus iuris* sono stati glossati o quali no.

1) Le Istituzioni sono state tutte glossate.

2) Nelle Pandette sono rimaste non glossate le leggi 7 § 5. — L. 11. de bon. damnator. (48. 20) e le leggi 10 — 19 de interdictis et releg. (48. 22).

3) Del Codice sono rimaste non glossate—Nel libro I—le leggi 3.5.6.7. de summa tri. (1. 1) — L. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26. de ss. eccles. (1. 2) — 29. 30. 36. 39. 40. 42. 48. 53. 55. 57. de episcopis et cler. (1. 3.) — L. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34. de epis. aud. (1. 4.) — L. 9. 11. 18. 20. de haer. et Man. (1. 5.) — L. 2. 18. de Iud. et. Coel. (1. 9) — L. 2. de Christ. manc. (1. 10) — L. 9. 10. de paganis (1. 11) — L. 3. 7. 8. de his qui ad eccl. (1. 12) — L. 10 de legib. (1. 14) — L. 2 de mand. princ. (1. 15) — Leg. 3. de vet. iur. enuc. (1. 17) — L. 6. de off. praef. praet. orient. (1. 26) — L. 1. L. 2. §. 19. 23 de aff. praef. praet. afr. (1. 27). — L. 2. de off. com. rer. priv. (1. 33) — L. 13. de ass. (1. 52).

Nel libro II — L. 4. de in ius voc. (2. 2.) — L. 18 19 de adv. div. iud. (2. 7.) — L. 27. 28 de proc. (2. 13) — L. 3. de iureiur. propt. cal. (2. 59).

Nel libro III — L. 11. 12. de iud. (3. 1.) — L. 2. 4. de sport. (3. 2.) — L. 1. 2. de plus. pet. (3. 10) — L. 1. 2. de aleat. (3. 43.) — L. 15. de relig. (3. 44). —

Nel libro IV — L. 1. 13. 15. 16. de test. (4. 20) — L. 16. 22. de fide instru. (4. 21.) — L. 1. de pign. act. (4. 24.) — L. 29. 30. de usuris (4. 32.) — L. 24. mand. (4. 35) — L. 5. vect. nov. (4. 62) — L. 33. de loc. et cond. (4. 65).

Nel libro V — L. 6 de spon. (5. 1.) — L. *manifestum* tra L. 8 e 9. — L. 29 de nuptiis. (5. 4.) — L. 10 in fine, de secund. nupt. (5. 9.) — L. 12. de repud. (5. 17).

Nel libro VI — de bon. lib. (6. 4.) — L. unica de incer. (6. 48).

Nel libro VII — L. 15 de sent. (7. 45) — L. 5. de fruct. etc. (7. 51) — L. 33. 36. de apell. (7. 62).

Nel libro VIII — L. 12. de aedib. priv. (8. 10.) — L. 3. de op. pub. (8. 12) — L. 1. de duob. reis. (8. 40) — L. 29 de fideius. (8. 41) — L. 4. de inf. exp. (8. 52).

Nel libro IX — L. 6. de cust. reor. (9. 4.) — L. 2. de priv. carc. (9. 5.) — L. 1. si reus (9. 6.) — L. 6. ad legem Iuliam maiestatis. (9. 8.) — L. 37 ad legem Iuliam de adulteriis (9. 9.) — L. liceat (dopo la L. 4.) ad legem Corneliam de sicariis (9. 16.) — L. 2. de crim. (9. 29) — L. 26 de poen. (9. 47.) — L. 11. de bonis proscr. (9. 49).

Nel libro X — L. 11. de iure fisci (10. 1). — L. 7. de fide et iure hastae (10. 3). — L. 7. 8. de delator. (10. 11). — L. 1. 13 de annon. et trib. (10. 16) — L. 9. de exat. trib. (10. 19.) — L. 2. 3. ut nemini liceat (10. 27.) — L. 4. de discus. (10. 30) — L. 1. quibus muneribus (10. 55).

Nel libro XI — L. 1. 2. de nav. (11. 1) — L. 16. de murilegulis (11. 7.) — L. 7. de spect. (11. 40) — L. 18 de agric. (11. 47) — L. 2. ut nemo (11. 53).

Nel libro XII — L. 8. qui mil. (12. 34) — L. 18. 19. de erogat. mil. an. (12. 38) — L. 12 de met. (12. 41) — L. 3. de filiis offi. (12. 48.) — L. 7 de exe. (12. 61). — L. 2. public. let. (12. 64).

4) Delle Novelle non sono glossate: N. 11. 13. 21. 24. 32. 35—37. 40 — 43. 45. 50. 59. 62 — 65. 68. 75. 87. 101 — 104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135 — 142. 144 — 158. 160 — 168.

V. *Biener*, storia delle Novelle di Giustiniano, Berlino 1824. È da notarsi che tutte queste leggi e Novelle non glossate mancano del tutto nelle antiche edizioni glossate del *corpus iuris*. V. l'edizione dei *frat. Sennetonios*. Lug. 1550.

§. 4.

Bibliografia.

V. *Lipenii*, Biblioth. real. iuridica, cum supp. *Schottii* et *de Senkenberg*. Lips. 1757. 1775. 1789. IV. tom. fol. *ab Ulmstein* Bibl. selec. iur. civ. Iust. Ber. 1821 — 23. III. tom. *Schletter*, manuale di letteratura giuridica, Grimma 1843. *Egelmann*, bib. iur. Lip. 1840 — *Lexicon* litteraturae academico-juridicae in libraria Göthiana venalium, Lips. 1828.

Tutta la bibliografia del diritto romano si può dividere in 3 categorie distinte, in opere esegetiche, sistematiche, e in monografie.

I. I Glossatori, i quali furono i primi ad iniziare lo studio del diritto con le loro celebri *lectiones bononienses*, si attennero alla più stretta *esegesi*, essi non mirarono ad altro che ad annotare i testi (§. 3. N. III); la loro scuola continuò fino al secolo XV, naturalmente con diverso carattere, tendente al metodo sistematico. I Glossatori si attennero al metodo della stretta esegesi fino ad Accursio, il quale diede un novello avviamento alla scienza. Le glosse d' Irnerio e suoi discepoli, studiando essi il diritto sui fonti vivi, e confrontando i passi fra loro, valsero non poco a correggere i testi. Questo metodo terminò con Accursio, il quale riunendo tutte le Glosse in una sola opera *(summa)* deviò dal cammino dei suoi maestri (1).

Fu abbandonata la vera via, e fu presa la falsa, come osserva il dotto *Savigny* (a), e la scienza ne scapitò non poco. Quantunque il dotto giurista alemanno volesse togliere ad Accursio la responsabilità della decadenza, pure le Somme fecero traboccar la bilancia; imperocchè si trascuravano i testi e si prendeva per testo tutto ciò ch' era spiegazione e non esatta di esso: quindi si passò al dommatico, alla casuistica, al vago ed all'indefinito, ed un autore, che più tardi segnalossi come seguace di una altra scuola, ebbe a dire severe e dure parole contro giuristi, che seguirono questa falsa via: *Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi* (2).

Questa fu la scuola dei Prammatici detta altrimenti scuola dei secondi Glossatori.

Nel XVI Secolo si fa tesoro della filologia e della storia, si torna indietro ai testi, ai fonti vivi, si scevera il vecchio dall' antico, si penetra più al fondo del senso dei Romani giuristi, e prende nome quella scuola chiamata francese o umanista, della quale si può chiamare l'astro più brillante Giacomo Cuiacio; e ciò non perchè nella sola Francia sia nata e cresciuta quella scuola, essendochè il diritto aveva già avuto i suoi cultori secondo questo indirizzo in Italia, in cui prima di Cuiacio venne in rinomanza Andrea Alciati, che a buon diritto possiam chiamare il fondatore di quella scuola. Sebbene il carattere intrinseco e l'indirizzo di queste scuole fossero diversi, pure gli autori si attennero più o meno strettamente al commento dei testi (3).

(a) Storia del D. R. vers. it. per *Bollati*, vol. 2.° c 41, Torino 1857.

Fin da questo medesimo secolo, specialmente in Olanda incominciasi a trattare il diritto con sistema più libero, quantunque le materie fossero ancora esposte nel medesimo ordine de' fonti giustinianei; già nella stessa scuola francese le teorie senza allontanarsi da' fonti, come quelle dei Prammatici, hanno un carattere scientifico più rigoroso.

II. Il metodo perfettamente sistematico è un frutto del XVII secolo: in cui cominciarono gli autori ad esporre le materie secondo un proprio sistema, non vincolato dall' ordine del corpo del diritto. Questo modo di esporre le teoriche del diritto romano acquistò sempre più terreno di maniera, che l' antico metodo esegetico sembra oggi del tutto abbandonato. Astrazion facendo dalla parte generale, alcuni si attengono alle Istituzioni romane, altri se ne allontanano.

III. In questo secolo, massimamente in Germania, dove questo ramo essenziale delle scienze giuridiche trova più cultori, senza che si abbandoni l'ordine sistematico, lo studio di qualche materia speciale sembra esser prediletto, cosicchè l'età nostra si distingue massime per le monografie. In quest' ultimo indirizzo della letteratura giuridica mentre si scapita da una parte nell' insieme della scienza, si ha dall'altra un quadro infinitamente più particolarizzato delle teorie; il che non sarebbe agevole nella esposizione di un sistema (4).

ANNOTAZIONI

(1) I Glossatori più celebri furono Irnerio morto probabilmente circa il 1191— Bulgaro soprannominato *Os aureum* ✠ 1116 — Martino Gosia soprannominato *Copia legum* ✠ 1166 — Iacopo dalla Porta Ravennata ✠ 1178 — Ugo ✠ 1168 — Piacentino ✠ 1192 — Pillio ✠ dopo il 1207 — Giovanni Bassiano—Alberico dalla Porta Ravennata — Azone ✠ dopo il 1229 — Ugolino Presbitero — Iacopo Baldovino ✠ 1235 — Accursio ✠ 1260.

(2) È da distinguersi tra i Prammatici Odofredo ✠ 1265 — Bartolo; in grande onore era tenuto questo giurista in Italia e fuori, i principi se ne disputavano i consigli, egli morì nel 1347 — Cino da Pistoia, l'amico di Dante e precettore di Bartolo, morì nel 1337 — Baldo di non minore autorità del suo maestro Bartolo, morì nel 1400, ecc.

(3) Furono celebri in questa scuola Cuiacio ✠ 1590 — Donello, Duareno, Brissonio, Jacopo Gotofredo, Pietro di Area Bandoza.

(4) Tra i commentarii, sistemi, e monografie bisogna far menzione:

1) Per commentario sopra tutto il corpo del diritto è da mettersi in primo luogo l'opera di Cuiacio. Le migliori edizioni sono: *Cuiacii*, opera omnia *Lutet*. Paris 10. tom. in fol. Le due napolitane, una fatta da *Ranio* 1722, e l'altra da Domenico Albanese 1757 in 11. vol. in fol. È indispensabile per l'uso il prontuario di Domenico Albanese, Napoli 1763.

Tra i diversi commentarii delle parti del *corpus iuris* sono da commendarsi:

(a) Per le Istituzioni: il commentario di *Baldovino*, Paris 1546. *Hotomanno*, Basilea 1560. *Gifanio*, Ingolst. 1596. *Giovanni della Costa*, Lugd. Bat. 1744. *Otto* cura Iselii, 1760; *Vinnio* con note di *Eineccio*, Lugd. Bat. 1726.

(b) Per le Pandette: *Odofredi*, comment. in Dig. Vet. 1480. *Alciati*, comment. in var. tit. Dig. (in opp. tom. I. II.). *Duareni*, comm. in Pand. (in opp. p. 1. sqq.) *Donelli*, comm. in quosd. tit. Dig. (in opp. tom. X. XI.). *Giphanii*, lectur. Altorph. in tit. Dig. et Cod. var. Francof. 1605. *Ant. Fabri*, rat. in Pand. Lugd. 1659. *Brunnemanni*, comm. in L. libros Pand. Francof. 1670.

(c) Tra i commentarii sul Codice sono da distinguersi: *Odofredi*, Lect. sup. XII. lib. Cod. 1550. *Azonis*, Lect. ss. com. ad sing. leg. XII. libr. Cod. Par. 1377. *Donelli*, coment. absol. in II. III. IV. VI. VII. lib. Cod. Iust. Francof. 1599 (in op. tom. VII — IX.). *Giphanii*, explanatio difficilior. et celeb. leg. Cod. Iust. Col. 1614. *Wissenbachii*, comment. cathedr. in libr. VII. Cod. Franc. 1701. *Perezii*, praelect. in Cod. Col. 1661, 2. tom. *Brunnemanni*, comment. in lib. XII. Cod. Lipsiae 1697.

(d) Per le novelle: *Balduini*, comm. in praec. Iust. Nov. Lugd. 1548. *Stephani*, expos. Nov. const. Franc. 1608. *Rittershusii*, Ius Iust. h. c. Nov. Iust. expositio method. Argent. 1605.

(e) Commentarii sopra alcuni passi: *Alciati*, paradoxor. libri VI; praetermis. lib. II; parergor. lib. XII v. opera omnia. *Augustini*, em. et opin. lib. IV, Ven. 1543 (in Ottonis thes. t. IV.). *Duareni*, disput. univ. libr. II. (v. opp.). *Cujacii*, obsv. et em. libr. XXVIII (in opp. edit. Neap. t. III). *Hotomanni*, obs. et emen. libr. XIII (in opp. t. I). *Ant. Fabri*, conject. iuris. civil. lib. XX. Lugd. 1691, in f.; *Bronchorst*, ἐναντιοφανῶν centuriae quatuor. Lugd. 1598. *M. Lyclama a Nycholt*, membranar. libr. VII. Francf. 1608. *Panciroli*, thesaurus var. lect. utr. iur. in III libr. distinctus Lugd. 1617. *Jul. Pacii* ἐναντιοφανῶν centuriae VII, Lugd. 1618.

Amaya, obser. iur. lib. III. Gen. 1633. *Chesii*, interpr. iur. lib. II. Liburni 1657. *van de Water*, Observ. iur. Rom. libr. III. Traj. Bat. 1713. *Duirsema*, coniecturalium iur. civ. libr. II. Gron. 1714. *Iensii*, stricturae ad Iust. Codic. ac Pand. Rotter. 1749. *Grotii*, florum sparsio ad ius Iust. cum praef. Gebaueri, Hal. 1729. *a Costa*, prael. ad illustr. quosd. tit. locaque select. iur. civ. Lugd. 1773. *Voorda*, Lugd. Bat. 1773. *Merillii*, observ. libr. VIII (v. opp.). *Noodtii*, probab. iur. civ. lib. IV, obser. lib. II. (v. opp.). *Van Bynkershoek*, obs. iur. Rom. edid. Heinecc. Franc. et Lips. 1793. *Voorda*, interp. et emend. iur. rom. lib. III. Traj. ad Rh. 1768. *Wieling*, lection. iur. civ. lib. II. Traj. ad Rh. 1740. *d'Arnaud*, var. coniect. libr. II. Francf. 1738. *Marckartii*, probabilia rec. lect. iur. civ. Traj. ad Rh. 1737; pars. II. 1738. *Conradi*, obs. iur. civ. Marb. 1782. *Püttmanni*, interpret. et obsv. libr. sing. Lips. 1763, probabilia iur. civ. libr. II. Lips. 1766. *Cannegieter*, obs. iur. Rom. lib. IV. Lugd. 1772. *Crameri*, dispunct. iur. civ. libr. sing. Suerin et Wism. 1792. *a Teisterbant dict. Bilderdik*, obs. et emend. libr. Brunsv. 1806.

(f) Sono interessanti per l'esegesi del Diritto i seguenti Dizionarii giuridici: *Brissonii*, de verbor. quae ad ius civile pertinent significatione, opus, Lugd. 1559, in f., cura *Heinecii*, Hal. 1743, in f. *Wunderlich*, additamenta ad Brissonii opus de verb. sign. Hamb. 1778, in f. *Cramer*, supplementi ad Brissonii opus de ver. sign. spec. I Kil. 1813. *Vicat*, vocabularium iuris utriusque ed. 2.ª 4. vol. in 8. Neap. 1760. *Dirksen*, manuale latinitatis fontium iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. *Heumann*, lexicon al corp. del dirit. civ. *Jen.* 1846-8 (tedesco). *Richter*, de signif. adv. in iure, Jen. 1666. *Kirchmaieri*, opuscula VI. de lat. Dig. et Inst. cura *Madihn*, Hal. 1772.

2) In rapporto ai sistemi sono degni di menzione:

a) Secondo l'ordine dei codici giustinianei:

Huberi, praelect. ad Instit. Iustin. Francf. 1678.

Höpfner, commentario sulle istituzioni di Eineccio, Franf. 1783, 7.ª ediz. con note di *Weber*, 8.ª ediz. 1818; *Maieri*, collegium Argentoratense, Argent. 1616-17, 2. vol. con note di Tabor, Tüb. 1657, 3 vol. *Struvii*, synt. iur. civ. Jena 1659. *Struvii*, syntagma iuris. sec. ord. Pand. cum add. *Mülleri*, Francf. et. Lips. 1738 , in 3 vol. *Huberi*, praelectiones iur. rom. et hod. ad Pandect. Francf. 1689-90, 2. vol. *Lauterbachii*, collegium *theorico-practicum*, Tüb. 1784. *Voet*, commento alle Pandette libri 50 ecc. nuova edizione con volgarizzamento a fronte , riveduta e corretta dal dott. Lone Fortis, Venezia 1846-55. 6. vol. in 8. *Schilteri*, praxis. iur. civ. Rom. in foro Germ. Francf. et Lips. 1713-33. *Strykii*, usus modernus Pandect. Hall. 1746. *J. H. Böhmeri*, introductio in ius Dig. Hal. 1704 edit. nov. 1791. 2. vol. *Westenbergii*, principia sec. ord. Dig. Harderov. 1712. Berol. 1814-23. 2. vol. *Pothier*, Pandect. Iust. in nov. ord. Dig. Par. 1748, 1818. 3. vol. in f. *Pothier*, Le Pandette di Giustiniano riordinate, versione italiana col testo delle leggi a piè di pagina, Venezia 1840. 4. vol. in 8. *Hellfeld*, iurisp. forensis secund. Pand. ord. prop. Jen. 1764. Jen. 1806. *Malblank*, principia iur. Rom. sec. ord. Digest. 3. part. Tüb. 1801-2. *Glück*, commentario delle Pandette secondo Hellfeld vol. I-XXXIV, seguitato da *Mühlenbruch* vol. XXXV-XLIII, 1832-43. *Eichmann*, interpretazione di diritto civile secondo il manuale di *Hellfeld* sulle Pandette: part. 1-3, Berl. 1779-1799. *Köchy*, commentario teorico pratico sulle Pandette part. 1-3, Lips. 1796-1804.

b) Tra i sistemi secondo un ordine libero sono da registrarsi: *Heise*, piano di un sistema del diritto civile, Heidelberga 1823. *Burchardi*, svolgimento e sistema del diritto romano privato traduzione dal tedesco dell'avv. De Conciliis, Nap. 1857, 2. vol. *Haubold*, doctrina Pandect. lineam. cum loc. class. et select. lit. Lips. 1820. *Bergmann*, compendio di un sistema delle Pandette, Göttinga 1810. *Unterholzner*, Bresl. 1817. *Rossberger*, sistema del diritto civile romano, Berl. 1826. *Blume*, saggio delle Pandette, Halle 1829. *Bettmann-Hollweg*, piano di lezioni sulle Pandette , Bonn. 1831. *Puctha*, Sistema del diritto civile comune per uso di lezioni sulle Pandette , Monaco 1832. *Rudorff*, piano di lezioni sul diritto civile comune, Berl. 1843.

Böcking, piano di lezioni sulle Pandette, Bon. 1845-1848. Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public. par *Jean Domat*, Tom. I-III, Par. 1689 1697 1777. 2. vol. in f. *Berger*, oeconomia iuris ad usum bod. adcommodata cura *Haubold*, Lips. 1801 , in 4. *Madhin* , principia iur. Rom. P. I-V. Francf. 1786-91. *Hofacker*, principia iur. civ. rom. tom. I. Tüb. 1788. tom. II. et III. cura *Gmelin*. ibid. 1794-98 ed. 2.ª ibid. 1800-3. *Dabelow*, Sistema dell' odierno diritto civile, 2. part. Halle, 1794. 2.ª ed. ibid. 1796, 3.ª ed. sotto il titolo manuale dell'odierno diritto privato romano-germanico, ibid. 1803. *Thibaut*, sistema del diritto delle Pandette, Jena 1803. 7.ª ediz. ibid. 1828. 2. vol., 8.ª edizione, Jena 1834, 9.ª edizione dopo la morte dell' autore fatta per cura di *Buchholtz*, Jena 1846, trad. in ital. per Gius. Colucci, Nap. 1857. *Wittich*, semplice sistema dell'odierno diritto civile, Franc. 1804-5, 3. vol. *Günther*, principia iur. rom. priv. novis. Jena 1805-1809. 2. vol.*Bucher*, saggio di una esposizione sistematica del diritto privato giustinianeo, Marb. 1808. 3.ª edizione, Erlan. 1822. *Mackeldey*, compendio delle istituzioni dell'odierno diritto romano, tradotto in latino da *Hindenburg*, Lips. 1847. Trad. in ital. per Raf. Andreoli, Nap. 1853.

Schweppe, il diritto romano nella sua applicazione al foro germanico, Altona 1814, ultima edizione per cura di Mejer, Gött. 1828, dal 1-2. vol , 1831-34, 3-5 vol. *de Wening-Ingenheim*, Compendio del diritto civile, ultima edizione fatta per cura di *Fritz*, Monaco 1836-37. *Mühlenbruch*, doctrina Pandectarum, Halle 1830-31. *Seuffert*, compendio delle Pandette, Vürzb. 1825. *Warnkoenig*, commentarii iur. rom. priv. Leod. 1825. *Vallet*, compend. delle Pandette, Göttinga 1828-29. *Haimberger*, ius roman. priv. idque purum, Leopoli 1829-30.

Puchta, compendio delle Pandette, Lips. 1838; lezioni sul diritto romano odierno di Puchta edite da Rudorff. 2. vol. Lips. 1847-48: *Göschen*, lezioni sul diritto civile comune edite da *Erxleben* 3. vol. Göttinga 1838-40. *Kierulff*, Teoria del diritto civile comune , Heidelberga 1840. *Savigny* , Sistema del diritto romano odierno , Berlino 1840-49. *Vangerow*, Comp. delle Pandet. Marb. 1851-56. 6.ª ed.

Sintenis, il diritto comune civile, Lips. 1844. *Schmid*, compendio del diritto vigente, Lips. 1849.

In rapporto alle sole Istituzioni sono interessanti i lavori di *Schilling*, compendio per le Istituzioni e storia del diritto romano, Lips. 1846. *Puchta*, corso delle Istituzioni, Lips. 1841-47, tradotto in italiano dall'avvocato Antonio Turchiarulo, Nap. 1854. *Boecking*, Istituzioni, Bonna 1843. *Marezoll* , man. delle Ist. Lips. 1857, tradotta in ital. dall'avvocato *Giuseppe Polignani*, 2.ª ediz. Napoli 1866.

d) Delle opere miste sono da registrarsi:

Cuiacii, op. om. nell' edizioni suddette v. (n. 2.), più un'ultima edizione, Cuiacii IC. Tolosatis opera ad Pariensem editionem diligentissime exacta, Prati 1858 (Giacchetti) 10. vol. in 4, si sono pubblicati 42 fascic. *Alciati*, op. om. ed. nov. Francf. 1617. 2. vol. in f. *Corasii*, op. om. cura Forsteri, Vit. 1603. 2. tom. in f. *Duareni*, op. om. ed. novis. Francf. 1607 in f. *Goveani*, op. Lugd. 1562. *Hotomanni*, op. cura *Lectii*, Genev. 1599-1600. 3. tom. in f. *Contii*, op. edit. *Merill.* Par. 1616, in 4. *Donelli*, op. cura *Pellegrini*, Lucc. 1762-70. 12 tom. in f. *Gentilis*, op. om. Neap. 1763-69, 8. tom. in 4. *Augustini*, opera Lucc. 1765-74. 8. tom. in f. *Merillii*, op. Neap. 1720, 2. tom. in 4. *Alteserrae*, opera, cura Morotta, Neap. 1776-80, 6. tom. in 4. *Noodtii*, op. edit. novis. Lugd. Bat. 1767, 2. tom. in f. *Westenbergii*, op. om. Hann. 1746-58. 3. tom. in 4. *Binker shoekii*, op. om. cura *Vicati*, Lugd. Bat. 1766, in fol. *Heineccii*, op. om. cum sup. Genev. 1765-79. 9. tom. in 4.

e) Fra le piccole collezioni si distinguono :

Brissonii, opera minora Lug. Bat. 1747. in f. *Iacop. Gothofredi*, opera iuridica minora cura Trotzii, Lugd. Bat. 1733. in f. *Reinoldii*, opusc. iurid. Lugd. Bat. 1755. 8. *Ludewig*, opuscola miscellan. 2. t. Hal. 1720. in f. *Waechtleri*, opuscola rarior. c. praef. *Trotz*, Traj. ad Rh. 1733. *Conradi*, opuscola ex iure civ. 2. tom. Brem. 1777 -78. *Meister*, selector. opus. sylloge, Göttingae 1767-75. *Schultingii*, commentationes academicae, Hal. 1770-74. *Hellfeld*, opusc. et dissert. iur. civ. priv. Jena 1775, in 4. *Crell*, disert. et progr. fasc. I-XII. Hall. 1775-84. *Gebaneri*, exerc. acad. varii argum. Erf. t. I. II. 1776-77, *Glück*, opuscola iur. fasc. I-IV. Erl. 1785-90. *Walch*, opuscola t.

I-III. Hal. 1785-93, in 4. *Baneri*, opuscola acad. t. I. II. Lips. 1787. *Winkleri*, opuscola min. Lips. 1792-97. 2. tom. in 8. *Hauboldi*, opuscola acad. Lips. 1825-1829. *Bieneri*, opuscola acad. Lips. 1830-2. v. 4. *Cramer*, piccoli scritti, Lips. 1837. *Savigny*, opusc. varii 5. vol. Berl. 1850. *Ant. Fabri*, de err. prammat. P. I-IV. Lugd. 1598. *Vaudi*, var. quaest. libr. II. Han. 1595. *Hotomanni*, quaest. illust. liber. 1598. *Bachovii-Echtii*, not. et anim. ad disput. Treuleri ed. 2. Colon. 1688. 2. v. *De Valentia*, illust. iur. tract. libri III. Salm. 1625-34, in 4. *Vinnii*, select. iur. quest. lib. II. Lugd. Bat. 1653, in 8. *Menagii*, iur. civ. amoenitates, Par. 1664, in 8. *Ul. Uberi*, digressiones iust. Francf. 1696. *Lauterbachii*, disser. acad. Tub. 1728. 4. vol. *Bergeri*, diss. iur. select. Lips. 1707. 4. *Hertii*, comm. atque opusc. Francof. 1737. 2. vol. in 4. *de Cocceji*, exercit. curiosae, Lemgov. 1722. *Alef*, dies accad. Heidelberg. 1753. *Thomasii*, dissert. var. Hal. 1774-80. 4. vol. in 4. *Bynkershoek*, opusc. var. ex edit. *Conradi*, Hal. 1729. 2. tom. in 4. *Nordkerk*, obs. decas. Amsterdam 1731. *Leyseri*, medit. ad Pand. vol. I-XI. Lips. 1772, vol. XII. et XIII. cura *Hoepfneri*, Gies. 1774-80. *H. Böhmeri*, exercit. ad Pandect. cura G. L. Böhmeri, Hann. et Gött. 1745-64. 6. tom. in 4. *Majansii*, disp. iur. Lugd. Bat. 1752. 4. tom. in 4. *Woltaer*, observ. fasc. I. et II. Hal. 1777 e 79. *G. L. Böhmeri*, select. iur. civ. Gött. 1767-78. 3. tom. in 4. *Püttmanni*, advers. iur. univ. L. I. III. Lips. 1786. in 8. Miscellan. Libr. sig. Lips. 1793. *Weber*, saggio sul diritto civile Schv. et Wism. 1801. *Frat. Overbeck*, Meditazioni sopra differenti materie di diritto 11. vol. Han. 1796-1807. *Köchy*, Lips. 1797. *Bolley*, meditazioni in varie materie di diritto, Stutg. 1831. *Hübner*, disput. iur. civ. Jena 1806. *Thibaut*, saggio sopra speciali parti della teoria giuridica, Jena 1897. 2. vol. *Lo stesso*, dissertazioni civili, Heidelberg 1814. *Bauert*, resp. ad quaest. etc. Lips. 1801. 2. vol. in 4. *Feuerbach*, saggi civili, Giess. 1803. *Buchholz*, saggi sopra varie materie di Diritto, Lüb. 1808. *Schrader*, dissertazioni di diritto civile, Hann. 1808. *Goeschen*, obsev. iuris Rom. Berol. 1811. *Hufeland*, sullo spirito del diritto romano, una serie di dissertazioni, Giess. 1815-1817, 2. vol. *de Bülow*, dissertazioni sopra alcune materie di diritto civile romano, Brun. 1817-18. 2. p. *Kämmerer*, obser. iur. Rom. Rost. 1827. *Witte*, dissertazioni sulle materie del diritto Romano, Berl. 1817. *Mühlenbruch*, observat. iuris. rom. spec. I. Regim. 1818. *Schweppe*, Magazzino giuridico, Alton. 1818. *Gesterding*, vecchi e nuovi errori de'giuristi, *Greifsw.* 1818. *Dirksen*, dissert. civili, Berl. 1820. Saggi sulla critica ed interpretazione dei fonti del diritto romano, Lips. 1823. *Puchta*, dissert. civil. Lips. e Berl. 1823. *Franke*, diss. civ. Gött. 1826. *de Schröter*, obs. iur. civ. Jena 1823. *Huschke*, studii sul diritto romano, Bresl. 1830; *Kritz*, esposizione pratica delle materie del diritto Rom. Dresd. e Lips. 1831. *Weiske*, quaest. iur. civ. in usum fori comparatae, Zwiccav. 1831. *de Buchholz*, saggi sopra alcune teorie dell' odierno diritto romano, Könisberg. 1831. Müller, dissert. civ. Giess. 1833-35. *Arndts*, esposizione di varie teorie del diritto civile e proced. Bonn. 1837 — *von den Pfordten*, dissert. sul diritto delle Pandette, Erlang. 1840 — *Wolff*, dissert. sul diritto civ. 1840-43. *Sintenis*, capita selecta ex iur. civ. Giessen. 1840. *Jhering*, dissert. di dirit. Rom. Lips. 1844 — *lo stesso*, spirito del diritto Romano. *Ortloff*, *Heimbach*, *Schüler* e *Guyet*, dissert. civ. e casi di diritto, Jena 1847. *Capuano*, Dottrina e Storia del D. R., Napoli 1864.

6) Collezioni di dissertazioni di varii autori:

Tractatus univ. iur (tractatus tractatum), Venet. 1584. XXIII, tom. in f. — Ottonis thesaurus iur. R. tom. I-IV. Lugd. Bat. 1725-29. in f.; poi tom. I-V. Traj. 1733-35 — *Heineccii*, iurispr. rom. et att. tom. I-III. Lugd. Batt. 1738-41. in f. *Meerman-*

ni, nov. thes. iur. civ. et can. tom. I-VII. Hag. Com. 1751-53. in f. supplem. edit. J. L. B. *de Meermann*, Hag. 1780.—*Fellenberg*, iurispr. antiqua cont. opusc. et diss. VII. tom. Bern. 1760-61. 4. *Oelrich*, thes. diss. iur. select. in acad. Belg. habitar. II. vol. in 6. tom. Lips. 1769-70. Collectio diss. historico-antiquario — iuridicar. in acad. Germ. habitar. Bren. 1785, 4. — *Hagemann e Günther*, Archivio teorico e pratico pei giuristi, 6. vol. Brunsv. 1788-92. *Hugo*, magazzino civ. 6. vol. Berl. 1791-37. Magazzino per la filosofia e storia del diritto e della legislazione di *Grolmann*. 2. vol. Giessen 1800-1807. Annali della scienza storica del diritto per *Savigny*, *Eichhorn* e *Göschen* 15 vol. Archivio di procedura civile per *Gensler*, *Mittermaier* e *Schweizer*, dal 5° vol. per *Löhr*, *Mittermaier* e *Thibaut*, dal 14° vol. per cura di *Linde*, *Löhr*, *Mittermaier*, *Mühlenbruch*, *Thibaut* e *Wächter*, dal 16° vol. per *Franke*, e dal 24° per *Vangerow*—Annali pel diritto e procedura civile per *Linde*, *Marezoll*, *Wening-Ingenheim*, Giess. 1818-44. 20. vol. — Museo del Reno per Giuris. Filosofia, e Storia, o la novella edizione sotto il titolo: Museo del Reno per la giureprudenza, per cura di *Blume*, *Hasse*, *Puchta*, *Puggé*, quindi la nuova edizione sotto il titolo: nuovo Museo del Reno per giurisprudenza, Bonna 1871-35. 7. vol.—*Temi*, annali per la giurisprudenza pratica per *Elvers*. 2. vol. Gött. 1817-29 — Annali pel lavoro storico e dommatico del diritto Romano, Brunsvic. 1841-44, 3. vol.

g) Per monografia e casuistica sono da annoverarsi le seguenti opere: *Mynsinger*, consil. decades VI. 1576. *Gaill*, pract. observ. libri II. Gen. 1740. *A. Faber*, codex definit. forens. Gen. 1740. *Vultejus*, consilia seu responsa facult. iur. IV. vol. 1611. *Berlich*, conclusiones practicabiles 1618. *Carpsov*, iurispr. forensis, Francf. 1638, *ejusd.* respons. libri VI. Lips. 1642. *Mevius*, decisiones, Wismar 1664. *de Berger*, responsa, Lips. 1708; *ejusd.* consilia, Lips. 1731. *Böhmer*, consultationes et decisiones, Halle 1733. *Hommel*, rhapsodia quaestionum, Lips. 1765. 7. vol. Collectio notab. decis. 1768-1821, 17 vol. in 4. *Kind*, quaestiones forenses, Lips. 1792.

LIBRO I.

Parte generale.

CAPITOLO I.

DEL DIRITTO IN SENSO OBBIETTIVO.

§. 5.

I. Della giustizia e del diritto.

T. Inst. de iustitia et iure (1. 1.) T. D. h. t. (1. 1.).
Vico, de universi iuris uno principio et fine uno. *Marezoll*, comp. delle Istituzioni §. 1. Lips. 1857. *Puchta*, corso delle Istituzioni I. §. 1. ss., Nap. 1854. *Savigny*, Sistema del D. R. vol. I. §. 7. ss., Berlino 1840.

Varii significati ha la voce Diritto ne'fonti romani; Ulpiano lo fa derivare dall'idea della giustizia, e riferendosi alla definizione di Celso, così si esprime: *Ius est ars boni et aequi* (a). *Ius* altrimenti è una legge speciale, il complesso delle leggi della medesima natura, il luogo finalmente dove si amministra la giustizia (b).

Prescindendo da tutti questi differenti significati, considereremo il diritto dal doppio lato obbiettivo e subbiettivo. *Diritto* in senso obbiettivo è *la norma, la quale procedendo dall'idea del Giusto, si manifesta nella coscienza giuridica di un popolo, e sancita dall'organo dello Stato, regola e garentisce lo svolgimento della personalità.*

In questa definizione è mestieri fare le seguenti riflessioni:

1) La origine del diritto non può essere che divina, e come ogni altra disciplina ha suo fondamento nell'ordine eterno delle cose, in quell'ordine cosmico rivelato alla nostra mente come legge morale. Ora, poichè per intima sua natura l'uomo deve conformarsi all'ordine eterno, e con gli altri cooperare al fine a cui Dio diresse l'uman genere, nasce una comunanza di scopo, ed una varietà di mezzi a quello proporzionati, pei quali ognuno tiene assegnata la sfera della propria attività; cosicchè ogni individuo, senza contrariar gli altri, fa dal suo canto ciò che deve condurre ad un bene supremo comune a tutti.

Nell'ordine morale, il quale procedendo da Dio, ha leggi eterne affinchè tutti tendessero al medesimo fine, i Romani fondavano la idea di giustizia, che definivano: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tri-*

(a) L. 1. pr. h. t.
(b) L. 11. h. t.

buens, ossia la costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno la sfera della sua attività. I Romani adunque, come Platone, ponevano la giustizia nella coordinazione di tutti gli sforzi individuali pel conseguimento del sommo bene.

2) La tendenza costante al fine degli uomini si manifesta diversamente ne'varii popoli; rotta l'unità del linguaggio, fu variamente intesa la idea del Giusto, rivelata all'uomo per mezzo della parola.

Ora gl'individui d'un medesimo popolo, avendo comune la religione e la favella, comune hanno ancora la idea del Giusto, la quale in una forma individuale e concreta si manifesta nella loro civiltà. Questa idea, che prende posto in una comunanza d'individui, che forma il loro legame spirituale, e l'intimo convincimento di tutti, i quali poi, onde governassero i vicendevoli rapporti, la concretano, genera il diritto. E così appelleremo la coscienza giuridica del popolo, coscienza comune, la quale, indipendentemente dai singoli, sorge dallo spirito del popolo, unisce il presente col passato e l'avvenire, e si effettua per mezzo della tradizione. Da ciò nasce essere il diritto parte della civiltà di un popolo, uno de' segni più caratteristici della sua nazionalità, che con lui si svolge nel tempo e nello spazio.

3) La idea del diritto adunque va strettamente congiunta con quella dello Stato, ch'è la forma sensibile e costitutiva che dà al popolo l'ordinamento reale, e la personalità.

Se il diritto ha la sua origine nella comune coscienza di un popolo, come questo non può prendere forma concreta che nello Stato, ossia nella forma in cui il popolo opera, così quello è sanzionato dall'autorità dello Stato, organo della comune coscienza, e prende la forma definitiva più perfetta nella Legge sotto l' immediato potere dello Stato, che lo garentisce e lo amministra.

4) Il diritto così considerato garantisce il libero svolgimento della personalità. La libertà di operare nell' ordine giuridico consiste appunto nella libera scelta di quei mezzi concessi alla persona come membro di organizzati individui. E però, avendo tutti eguale facoltà, la libera esplicazione è violata dal momento che vengono rotti i confini della sfera della individuale operazione; dal che chiaramente risulta che il diritto è il solo campo in cui si attua la personale libertà, e che non può concepirsi idea di diritto senza ammettere nel medesimo tempo il dovere di lasciare agli altri libero il campo del loro operare.

5) Qui si fonda e prende origine il diritto inteso nel senso subbiettivo, che consiste appunto in quella facoltà di svolgere la propria personalità, nell' impero dell' arbitrio nei confini dal diritto (in senso obbiettivo) assegnati.

II. Della divisione del diritto.

§. 6.

A. Del diritto publico e privato.

Gli uomini vivendo in un consorzio organizzato o nello Stato, possono essere considerati sotto un doppio rapporto; essi hanno la propria individualità, e formano parti integranti di una più vasta costituzione. Gl'individui adunque si possono considerare come esseri indipendenti l' uno rincontro agli altri, oppure come parti di un altro tutto.

Nel primo caso, affinchè essi governino la loro vita civile, nascono delle relazioni tra individuo ed individuo, le quali sancite con principii determinati e precisi, formano quel diritto che appelleremo privato. Al contrario, quando sorgono relazioni che concernono gli uomini formanti parti d' un' altra organizzazione, ossia lo Stato preso come persona con le varie sfere della sua attività, esse formano un altro diritto, che perciò appellasi publico. È d'avvertire, che queste relazioni di diritto possono più o meno mediatamente riguardare l'utile degl'individui, ma non considerati come tali, sibbene sempre come parti integranti di un altro tutto che chiamiamo Stato (a).

§. 7.

B. Ius naturale, gentium et civile.

T. I. De iure nat. gent. et civili (1. 2). *Puchta*, Diritto Consuet. Vol. 1. capo 3. *Savigny*, Sist. Vol. 1. §. 22. append. prima.

1. Il diritto civile è la prima forma del diritto privato, che porta l'impronta del popolo che l'ha costituito; quel diritto, che, sviluppatosi dalla coscienza giuridica, porta il nome di civile, quasi proprio di una città (a).

Il diritto civile dei Romani è dunque quello, che, esplicatosi con la civiltà del popolo romano stesso, era ai cittadini romani soltanto applicabile.

2. Il diritto delle genti non ha appo i Romani intieramente lo stesso significato che presso di noi, ossia la norma per regolare i rapporti di uno

---

(a) §. 4. Instit. de iust. et iur. (1. 1): Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. — L. 1. §. 2. de iust. et iure (1. 1) *Ulp.:* Sunt enim, quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. — L. 1. §. 2. h. t.

(a) §. 1. Inst. h. t. — L. 9. de Iust. et Iur. (1. 1). Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis.

Stato con un altro, diritto propriamente chiamato internazionale; nè vale a significare il diritto naturale che riguarda l'uomo e le sue relazioni in astratto; ma è un diritto concreto e positivo come lo stesso diritto civile; esso è lo specchio delle tradizioni giuridiche di tutti i popoli, *quo omnes populi utuntur* (b), ed è il risultato della equità e della *naturalis ratio*.

Un tal diritto sorgeva in Roma per opera dei Pretori.

3. A questo secondo elemento del diritto privato i fonti e gli scrittori ne aggiungono un altro, il diritto naturale (c), il quale non riguarda propriamente un elemento distinto dagli altri due, ma la base, il fondamento e la materia su cui versa il diritto.

Di qui si spiega come molti giuristi romani, non escluso lo stesso Ulpiano, o non lo ammettono (d), o lo confondono col diritto delle genti (e).

§. 8.

C. Diritto scritto e non scritto.

T. I. de iure naturali gentium et civili (1. 2). T. D. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine (1. 3).

T. C. Quae sit longa consuetudo (8. 53). *Puchta*, Diritto consuetudinario, part. I.ª *Savigny*, Sist. del D. R. v. I. §. 12, 22, 25, 28, 30.

Per diritto scritto intendiamo quello che, sancito dalla potestà legislativa, è promulgato e reso di ragion publica per affissi o per qualunque altro mezzo, e si rende in tal modo obbligatorio per tutti (a). Per la qual cosa il diritto scritto si divide e prende diverse denominazioni secondo l'autorità da cui trae la sua origine, e la sua forza obbligatoria (b) (1).

(b) Eodem: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

(c) Pr. Inst. h. t. — L. 1. §. 3. h. t. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia feras etiam, istius iuris peritia censeri. — L. 4. — L. 6. eod. — L. 64. de cond. indeb. (12. 6). — Leg. 31. pr. depos. (16. 3).

(d) *Gai.* Inst. II. §. 66. 69. Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur *naturali* ratione nostra fiunt. 79. eod. — L. 2. de superf. (43. 18). — L. 4. pr. de grad. (38. 10). — L. 11. de I. et I. (1. 1). — L. 2. 3. de div. rer. (1. 8). — L. 59. de O. et A. (44. 7). — L. 32. de R. I. (50. 17).

(e) L. 4. §. 2. de grad. (38. 10). — L. 50. ad L. Aqu. (9. 2). *Ulp.* Qui domum alienam invito domino demoliit, et eo loco balneas extruxit praeter *naturale ius*, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam... reliq. — L. 3. §. 15. ad exh. (10. 4). — L. 1. §. 9. de vi (43. 16). — L. 8. §. 3. de fideins. (46. 1). — L. 14. de O. et A. (44. 7). — L. 6. de comp. (16. 2). — L. 10. de V. S. (50. 16). — L. 1. §. 7. de pec. cons. (13. 5).

(a) §. 3. h. t. Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. — Ved. Appendice prima alla fine del pres. capitolo.

(b) Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratum edicta, prudentum responsa. — §. 4. — 8. eod.

1) Il diritto non scritto o il diritto consuetudinario è la immediata espressione del sentimento giuridico del popolo — *quae sine ullo scripto populus probavit*, e si manifesta nei costumi e nelle usanze, senza che alcuna potestà vi abbia data direttamente la sua sanzione (c). Da questo concetto si ha, che impropriamente si dice avere il diritto consuetudinario la sua origine nella consuetudine, la quale n' è solamente la manifestazione esterna; nulladimeno tale espressione può giustificarsi, quando si considera che il diritto consuetudinario incomincia ad avere esistenza positiva dal momento che la consuetudine si appalesa, ed essa è come la promulgazione pel diritto scritto. La consuetudine esiste negli atti delle persone non individualmente prese, ma idealmente, cioè nel tutto insieme di un popolo, di una nazione, e come svolgimento successivo di generazioni.

2) Perchè la consuetudine o il diritto consuetudinario possa servire di norma, si richiede: 1) che sia continua in riguardo al tempo, e generale in rapporto alle persone (*consuetudo tenaciter servata*); 2) che il principio di essa sia ragionevole e non contrario ai buoni costumi; 3) e che finalmente sia o espressamente o tacitamente riconosciuta dalla potestà legislativa; il che non s' intenda che spetta alla potestà medesima di dichiarare la massima di diritto consuetudinario e renderla nota a tutti (nel qual caso si avrebbe il diritto scritto), ma nel senso che sia data ai giudici espressamente o tacitamente la facoltà di decidere con un principio di diritto consuetudinario una privata quistione.

3) Il diritto consuetudinario così considerato ha lo stesso valore del diritto scritto; può servire a rischiarare punti oscuri della legge, correggere il diritto scritto, e finalmente può abrogare la legge medesima (d) (2).

ANNOTAZIONI

(1) La publicazione è quell'atto, che rende di publica ragione la legge, e perciò obbligatoria per tutti. Pur tuttavia si è domandato se colui il quale si appella ad una legge, in caso che venga negata la sua esistenza, possa essere chiamato a provarla. La publicazione è stata considerata come un mero fatto, per conseguenza, come degli altri fatti, così della legge si potrebbe provare la esistenza (e). A buon diritto è stata generalmente rifiutata una simile opinione; imperocchè la publicazione è una parte essenziale della legge, senza di cui il concetto di essa è impossibile; ora il giudice dovendo massimamente conoscere le leggi del suo paese, non deve farne un oggetto di prova, ma applicarle *ex officio*.

(2) Quest' ultima efficacia del diritto consuetudinario ha mosso serie controversie nelle scuole. Che il diritto di consuetudine avesse la virtù di abrogare la legge

(c) L. 32. h. t. *Iulianus*. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est . . .

(d) L. 12. in fine h. t. — §. 11. Inst. h. t. — N. 89. c. 15.

(e) *Thibaut*, Sist. §. 25.

è espressamente detto nella L. 32. h. t., mentre tale virtù è negata dalla L. 2. h. t. (f). In ogni tempo e con ogni argomento possibile hanno tentato i giureconsulti di accordare queste due leggi che sembrano in aperta contradizione. Chi voglia farsi un criterio degli sforzi degli antichi Glossatori per mettere in accordo a qualunque costo questi due passi, è d'uopo, che riscontri la glossa di Accursio (g), in cui si ricordano le opinioni d'Irnerio, di Martino Bulgaro, ecc.; il che dà a divedere essere nel Secolo XIII questa quistione non meno dibattuta di oggi. Gli scrittori più recenti non hanno fatto di meglio che continuare nelle medesime opinioni, e generalmente non è difficile incontrarsi con moderni autori, i quali accettano puramente la opinione d'Irnerio e Piacentino, cioè che si debba dar preferenza alla legge del Codice; e ciò perchè (secondo essi) l'argomentazione di Giuliano si rapporta massimamente alle idee repubblicane, quando il popolo aveva la potestà legislativa; in quel tempo era facile una consuetudine generale del popolo romano che potesse abrogare la legge, ma ciò non era più possibile al tempo di Costantino. Questa opinione, sebbene in altra forma, è stata accettata dal *Savigny* (h).

Tale opinione è per sè stessa poco fondata, imperocchè non ci possiamo punto arrischiare a ritenere, che la legge di Giuliano corrisponda ad un determinato punto storico del diritto romano, dopochè fu accettata nelle Pandette; salvo che non si voglia credere essere stata una inavvedutezza di Triboniano e dei compilatori. Non so poi con quanto fondamento si rammenti a questo proposito la potestà legislativa del popolo, chè, quando il popolo romano faceva uso nelle assemblee della sua potestà legislativa, non si aveva per effetto il consuetudinario, ma bensì il diritto scritto. Del resto la precitata opinione è tanto più da rigettare, in quanto che lo stesso Giustiniano ripete il medesimo principio di Giuliano (i). — Da che fa cattiva prova la suddetta interpretazione, i giuristi hanno tentato un'altra via, considerando la legge 2 di Costantino come se parlar volesse di una consuetudine locale o municipale, e non di quelle consuetudini generali del popolo romano. Secondo questa lettura la legge 32 di Giuliano parla delle consuetudini generali di tutto il popolo, e come tali possono vincere ed abrogare la legge; mentre Costantino, parlando delle consuetudini speciali, queste non potranno mai vincere una legge. Tale interpretazione è avvalorata dall'autorità di *Donello* e *Savigny* (k); questi si poggia sulle parole *non vilis auctoritas*, le quali dànno questo senso, ei dice, che la consuetudine non è tanto grande e tanto potente da poter vincere una legge; e quindi da quella espressione debbe riconoscersi che Costantino intende parlare solamente di una locale consuetudine. Al medesimo risultato mena la interpretazione del *Thibaut*, il quale, sebbene ammette che al tempo di Giustiniano non erano impossibili le generali consuetudini di tutto intero un popolo, pure conchiude non parlare la legge 2 cit. se non di una consuetudine locale contro una legge del principe o del popolo romano (l). Un tale risultato è possibile e viene dalla nostra speculazione quando decidiamo una quistione in astratto, ma non vale a conciliare quei due passi. Che le voci poi non *vilis auctoritas* ci facciano scorgere la consuetudine locale, è da dubitare fortemente; anzi le parole del legislatore *consuetudinis ususque longaevi* son troppo chiare e precise per non significare la vera consuetudine stabilita per comune consenso.

(f) *Const.* Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

(g) Ad L. 31. de legibus in Digestum vetus ap. Fratres Sennetonios. — Lugd. 1649, et ad l. 2. quae sit longa cons. eod.

(h) *Savigny*, op. c. V. 1. app. 2.

(i) §. 11. Inst. de iur. nat. (1. 2)... ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel *tacito consensu populi*, vel alia postea lege lata. — Lex. Deo Auct. §. 10. N. 89. c. 15.

(k) *Savigny*, Sist. 1. app. *Donel.* l. 1.° c. 10.

Altri guidati in parte dalle Basiliche (m) hanno rivolta la loro attenzione alle parole *desuetudo* e *consuetudo;* la desuetudine o il non uso può ben abrogare la legge non facendola applicare, ma non così una consuetudine contraria, specialmente quando la legge è già in vigore. Questa interpretazione, che, superficialmente considerata, può aver l'assenso di molti, fondata essendo sulle parole dei fonti, cade dopo un migliore esame delle parole medesime. E di vero, che sarebbe mai la desuetudine, se non il tacito consenso del popolo, come si esprime lo stesso Giuliano, che si manifesta negativamente rimpetto alla legge? Che sarebbe poi la consuetudine contraria, se non il medesimo tacito consenso del popolo che si esprime positivamente contro la legge, surrogandovi un'altra massima? La medesima desuetudine nel fatto con la sua forma negativa ammette anche un principio contrario alla legge, che è la medesima negazione; sicchè la distinzione che vorrebbero stabilire ci porta ad un giuoco di parole ed a null'altro. Lasciamo stare che lo stesso Giustiniano si esprimeva in modo da determinare chiaramente, che la consuetudine e non solamente la desuetudine (nel significato di quei giureconsulti) abroga la legge (n). Non è più felice delle precedenti la prova fatta dal *Puchta*, il quale generalmente ammette che il diritto consuetudinario abroga la legge; ma distingue il diritto di consuetudine dalla consuetudine, questa non è che la manifestazione esterna e la forma per mezzo della quale riconosciamo il primo, e può essere allora applicata, quando havvi il requisito necessario alla sua validità, ossia il generale e giuridico convincimento. Ecco il senso, secondo questo giurista, delle due leggi che sembrano contraddirsi: la legge 32 parla del diritto di consuetudine, mentre la legge 2 del Codice, della consuetudine, la quale, sebbene ha un lungo uso, pure manca di quel generale giuridico convincimento da potersi addimandare massima di diritto nel più stretto significato della parola (o). Questa interpretazione può sembrare sufficiente a prima giunta, tanto più che non si può contradire alla teoria del giurista alemanno, e la distinzione, come abbiamo avvertito nel testo, è esatta; resta a sapere se veramente la legge 2 parla della consuetudine, e del diritto consuetudinario la legge 32. Egli è certo che le parole della legge 2 citata non ci dànno punto questa facoltà, anzi vi è tutta la ragion di credere ch'essa parli del diritto consuetudinario; in effetti la consuetudine è la manifestazione esterna del diritto, dunque quante volte essa si manifesta ed è applicata per un uso lungo e continuato, in quella manifestazione esterna ravvisiamo il diritto consuetudinario: ossia nella consuetudine con l'interno requisito del comune convincimento esiste un principio di diritto in tutta la sua estensione.

Inutile riuscirebbe qualunque tentativo se non s'incominciasse da una interpretazione tutta grammaticale. Costantino si esprimeva con queste parole in fine, *ut rationem vincat aut legem.* Consideriamo il punto in cui la legge è abolita e riconosceremo due momenti, la legge che cade, il diritto di consuetudine che sorge. Il medesimo comune consenso che crea il principio del diritto consuetudinario, volendolo applicare, fa cadere la legge; cosicchè possiamo dire generalmente, che dal momento che sorge il primo, la seconda è caduta in disuso. Ora le parole di Costantino indicano un fatto tutto diverso, il *vincat* suppone un contrasto tra il principio giuridico consuetudinario e la legge, il primo che cerca di essere applicato invece dell'altra, mentre questa lo contrasta. Per la qual cosa Costantino colla legge 2 prevede il caso in cui una legge proibisca il sorgere di una consuetudine; nascendo adunque una consuetudine contro una legge che preventivamente la proibisce, il legislatore si è espresso così: la consuetudine ha certamente una non vile autorità, ma non tanto grande da vincere in opposizione la ragione e la legge che la proibisce.

(l) *Thibaut*, Sistema §. 17.

(m) Libr. II. t. 1. fr. 51. presso *Heimbach*, I. p. 39. — V. *Faber*, Ration. ad leg. 32. cit

(n) §. 11. Inst. ved. not. i.

(o) *Puchta*, op. c. P. I. p. 81. P. II. p. 116. ss. 199. ss. 213.

Questa interpretazione è non solo più conforme al carattere giuridico del diritto di consuetudine, ma è ancora una delle tante opinioni dei Glossatori (p), nè sfuggiva del tutto all'acume giuridico del *Savigny*, specialmente quando interpreta le parole *consuetudo non vincit rationem* (q).

In quanto alla prova del diritto consuetudinario evvi anche un punto controverso, poichè mentre da una parte si afferma, doversi considerare il diritto consuetudinario come un fatto e per conseguenza poter le parti esser chiamate a provare l'esistenza di esso, dall'altra si sostiene, che avendo tutto il valore del diritto scritto, debba essere dal giudice applicato *ex officio*. Secondo il suo carattere questo diritto è perfettamente equiparato a quello scritto, avendo, come si è veduto, anche la forza di abrogarlo; dobbiamo adunque convenire che, il giudice deve applicarlo *ex officio*. Ma dall'altro lato questi non è obbligato a conoscere tutte le consuetudini del paese sottoposto alla sua giurisdizione, perciò in un caso pratico, in cui egli ignori la esistenza di una consuetudine, può invitare la parte, che lo allega per difesa delle sue ragioni, a provarne la esistenza (r).

§. 9.

III. Divisione del diritto in rapporto al suo carattere ed estensione.

La norma fondata sui principii generali di diritto (sia *ius* o *aequitas*) appellasi *ius comune* (a), e quindi una relazione dicesi per sè giuridica, quando da quella norma trae l'esser suo. Invece una regola può avere la sua origine in un estraneo elemento, e propriamente in un atto della potestà legislativa, che si giustifica *per utilitatem et necessitatem*, ed allora si ha il *ius singulare;* e perciò una relazione, che per sè non sarebbe giuridica, addiviene tale in forza di quell'atto (b) che, strettamente considerato, dicesi privilegio.

(p) I. glos. dl Acc. in Dig. Vet. l. c.

(q) *Sav.* O. c. v. I. app. 3. p. 424. 425 — *Vangerow*. Manuale delle Pand. v. I. §. 16. nota, Marburgo 1851.

(r) L. 1. C. h. t. — N. 106. praef. — *Puchta*, O. c. p. 119. — *Savigny*. Sist. v. I. §. 25. p. 149. — *Mühlenbruch*, manuale, §. 39. *Vangerow*, op. c. l. c.

(a) L. 15. de vulg. et pup. subst. (28. 6). *Papin.* Centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint, directo substituit; intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus *iure comuni* capiat.

1) I privilegi si dividono in convenzionali, e non convenzionali o graziosi, ed in privilegi onerosi e gratuiti; ma questa distinzione si rapporta alla forma con cui si manifestano, non al loro fondamento giuridico.

2) Affine al privilegio è il diritto singolare nel più ampio significato della parola; cioè un diritto, il quale, benchè si fondi sopra una massima giuridica, pure per alcune circostanze fa eccezione al diritto comune. I privilegi tanto in senso lato, quanto in senso stretto vanno distinti in privilegi affermativi e negativi, in *privilegia personae, rei, et causae.*

§. 10.

IV. Dell' Interpretazione della legge.

Vico, op. cit. cap. 82 a 83 — *Hotomanni*, Iureconsultus seu liber de optimo genere iuris interpretandi, Basil. 1559, Tom. 2. pag. 1087. *Placcius*, de Iureconsulto perfecto, seu interpretatione legum, Hamburg. 1693 — *Rapolla*, de Iure-consulto, sive de ratione discendi interpretandique iuris civilis, liber 2, Neap. 1726; *Eckhardi*, Hermeneutica iuris, Lips. 1750 — *Conradi*, Observationes iuris civilis Vol. 1. Marb. 1782 — *Wittich*, principia et subsidia Hermeneuticae iuris, Gött. 1799 — *Mailher de Chassat*, traité de l'interprétation des loix, Paris 1822 — *Thibaut*, teoria dell'interpretazione logica del Diritto romano 1806 — *Savigny*, Sistema Vol. 1. §. 32 — 51.

I. L' attività che è diretta a scoprire la mente della legge o il vero pensiero del legislatore, e la ragione di essa è chiamata da noi interpretazione. Essa è legale o autentica, usuale e dottrinale; la prima viene data dalla potestà legislativa quando dichiara il pensiero del legislatore per vie legali. Effetto immediato di questa specie d'interpretazione è, che ha tutto il carattere, la forma, ed il valore di una nuova legge. L'usuale viene applicata ai casi pratici come una novella legge, senza avere però tutto il valore di questa, che nel solo caso speciale applicato, e senza che potesse essere obbligatoria per tutti, come è l'interpretazione legale propriamente detta. Questa interpretazione è detta usuale perchè nasce dagli usi dei Tribunali; essa è giustificata dall'obbligo, che hanno i giudici di applicare la legge e di non mai rifiutarsi, adducendo che la legge sia oscura o non provveda (a).

(b) L. 16. de legib. (1. 3). *Paul. Ius sigulare* est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

(a) L. 2. C. de legibus (1. 14). — L. 12. h. t. *Iul.* Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

L'interpretazione dottrinale è quella che cerca la vera legge, o il vero senso della medesima secondo le regole della scienza. Essa può avere un triplice scopo: costruire il testo della legge, ed allora prende il nome di *critica;* cavare il vero senso, il pensiero, e la mente del legislatore, ed allora chiamasi *interpretazione* nello stretto significato della parola; e finalmente applicare la legge ai casi simili, ed allora ha nome di *analogia*, o *interpretazione analogica.*

Quando l'attività si versa a rintracciare l'autenticità, ossia il testo legale, appellasi critica, la quale è di doppia specie, alta e bassa critica; la prima consiste nella ricerca della vera legge, l'altra è la costruzione della medesima colle sue parole. Intorno a ciò abbiamo le seguenti regole:

1) Se vi sono documenti legali ed autentici, non havvi bisogno di critica, e questo è il caso delle leggi nuove; ma se i documenti mancano, è dato al giudice la facoltà di servirsi di ogni mezzo per scovrire il vero testo, e quindi la vera intenzione del legislatore: questo è il vero caso del Diritto romano, di cui non possediamo il testo autentico. Per conseguenza ne segue:

2) Che il giudice ha facoltà di scegliere quei manoscritti che più all'autenticità si avvicinano; questa specie d'interpretazione è chiamata *elettiva:* similmente egli potrà interpretare il suo manoscritto in tutta altra maniera che gli editori.

3) Il giudice potrà leggere il detto manoscritto con metodo tutto proprio, e tale specie d'interpretazione dicesi *critica congetturale*, ma solamente quando vi sia una stretta necessità: onde quanto più il manoscritto è antico, tanto meno va soggetto a questa specie di critica.

4) Da ultimo quando il giudice avrà conosciuto, che nessuno dei manoscritti è autentico, potrà scegliere quello che egli crede più utile, dichiarandolo nell'atto dell'applicazione. Quest'atto del magistrato è chiamato *modestia* (1).

II. La interpretazione nello stretto significato della parola tende a scoprire il vero pensiero del legislatore, ed è di due specie, grammaticale, e logica; la prima cerca scoprire il senso della legge ed il vero pensiero del legislatore per mezzo delle parole; laddove la interpretazione logica adopera tutti i mezzi, e non la sola scienza de'vocaboli (2).

1) Il principio messo innanzi in questa specie d'interpretazione, e di cui si è abusato nella legislazione giustinianea, è il così detto argomento *a contrario*, il quale consiste in ciò, che quando una norma vale per un caso determinato, per un tempo, per una circostanza, oltre quel caso, quel tempo, quella circostanza vale la massima contraria; p. e. quando il Pretore pronunziava in un'azione queste parole — *intra annum iudicium da-*

bo, eravi implicitamente il senso seguente, *post annum iudicium non dabo* (b).

2) La interpretazione grammaticale da sè sola non basta a costruire il pensiero del legislatore, quante volte il mezzo grammaticale non va di accordo colla logica.

3) Quando le parole ed il pensiero sono in accordo non vi potrà mai essere interpretazione di sorta alcuna. La legge ciò nondimeno può essere oscura per varie cause:

a) per imperfezione o per doppio senso; in questo caso decide la logica, quando la grammatica non può giungervi.

b) La legge può essere troppo angusta, onde la interpretazione deve andare al di là della legge, ed estendere a più casi non compresi in essa la massima ivi contenuta; onde interpretazione *estensiva* (c).

c) Al contrario il legislatore si è potuto esprimere molto più largamente di quel che pensava, per la qual cosa l'attività tende a restringere i casi annoverati nella legge, onde interpretazione *ristrettiva* (d).

4) In qualunque specie di legge è permessa l'interpretazione, essendo che in tutte le leggi devesi cercare di costruire il pensiero del legislatore, non escluse le specialità e i privilegi.

III. La interpretazione analogica sta nel sottomettere alla medesima legge casi simili, oppure estendere la legge a casi pei quali non era direttamente data.

1) La base di questa interpretazione è la seguente massima — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (e).

2) Questa massima non si applica nel diritto singolare, in quelle leggi le quali son fatte *contra rationem iuris* — *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* (f). Lo stesso si dica

---

(b) L. 18. de test. (22. 5.). *Paul.* Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere.

(c) L. 27. §. 13. ad L. A. (9. 2). *Ulp.* Inquit lex *ruperit*, rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit*. — L. 3. ad L. Pom. de par. (48. 9) — *Marc.* Sed sciendum est, lege Pompeia de consobrino comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur.

(d) L. 6. §. 2. de iur. patr. (37.14). *Paul.* Quamvis nulla persona lege excipiatur, tamen intelligendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt; itaque si castratum libertum iureiurando quis adegerit, dicendum est, non puniri patronum hac lege. — V. p. e. L. 11. de in ius. voc. (2. 4) — L. 8. §. 6. de trans. (2. 15) — L. 11. §. 2. de his qui. not. inf. (3. 2) — L. 40. pr. de her. pet. (5. 3) — L. 54. pr. man. (17. 1) — L. 2. §. 1. de cust. et exhib. (48. 3).

(e) L. 12. de leg. (1. 3).

(f) L. 14. h. t. — L. 141. pr. L. 162. de reg. iur. (50. 17) — L. 23. §. 3. de fideic. libert. (40.5) — §. 6. I. de iur. natur. gen. et civ. (1. 2) — L. 32. §. 6. C. de appel. (7. 62) — N. 20. c. 9.

delle leggi corrette; imperocchè la estensione analogica data ad una legge viene giustificata dalle mancanze che sono in essa, qualora poi per la correzione non vi sono lacune, l'analogia non può essere giustificata.

3) Accanto alla massima — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, si è collocato l'altro principio: *cessante legis ratione, cessat lex ipsa*, il che è erroneo, perchè la legge esiste non in forza della *ratio*, ma in forza della publicazione (g).

ANNOTAZIONI

(1). È inutile dichiarare che in questo luogo non intendiamo dare tutte le regole che concernono la interpretazione della legge, e specialmente poi quelle che riguardano il riconoscere il testo autentico. Il complesso di queste regole, perciò che spetta al diritto romano, è tanto importante e così esteso che forma un ramo e forse il più importante della scienza giuridica. Questo novello ramo di diritto è chiamato Ermeneutica, per cui si fanno raccomandare *Eckardi* cit. *Wittich*. cit. ed ultimamente *Clossio* — Ermeneutica del diritto romano ed introduzione al corso del diritto civile, Lips. 1831. Ciò non ostante non è fuori proposito raccomandare che s'osservino queste regole generali:

a) Nei manoscritti più antichi la punteggiatura o è affatto tralasciata, oppure è molto irregolare; il che spesso tramuta il significato, l'estensione, e non di rado il valore della legge. Così, verbigrazia, nella legge 44 *de donationibus inter virum et uxorem (24. 1)*, dopo le parole *factae donationis* deve mettersi un punto, errore per altro tolto nelle più recenti edizioni del corpo del diritto; come ancora dopo la parola *scientia* dovrebbe sparire qualunque segno; nella L. 25 de liber. leg. (34. 3) dopo la parola *damnas esto non petere*, in vece del punto fermo, dovrebbe esser messo un punto interrogativo.

b) Non è raro trovare nei manoscritti lettere puntate e sigle, che sono state poi erroneamente sciolte: così per esempio in molti manoscritti P. R. è stato interpretato per *praetor*, mentre voleva significare *Populus Romanus* (h); la sigla IT, che può significare tanto *item* quanto *Institutus*, fu interpretata erroneamente presso Ulpiano, nel qual passo debbe leggersi *item* (i); così ancora nella legge 8. *pr. qui et a quib.* (40. 9) la sigla (FC. causa) fu per errore letta *fideicomissi causa*, in vece di *fraudatorum creditorum causa;* e finalmente la sigla presso Ulpiano R. V. deve leggersi *rei uxoriae* in luogo di *revera* (k).

c) Non di rado il testo è guasto, e per conseguenza oscuro, perchè alcune parole che dovrebbero esser divise sono unite, ed altre che dovrebbero andar unite trovansi divise, così, a mo' d'esempio, nella legge 48 de V. Ob. (45. 1) in luogo di *id eo*, che si trova in alcuni manoscritti, devesi emendare il testo leggendo solamente *ideo;* così nel frammento di Ulpiano VI. 13. in luogo di *quatriennio*, Ugo con più ragione vorrebbe leggere *quae triennio*.

(g) L. 35. de reg. iur. (50. 17).

(h) L. 7. §. 8. de iniur. (47. 10) — *Ulp*. Fr. I. 7. XX. 16. XXIV. 28.

(i) *Ulp*. Fr. IV. 2. XX. 6.

(k) *Ulp*. Fr. V. 6. Confr. le più antiche edizioni, specialmente l'edizione di Lugduno dei Frat. *Sennetonios*, e la più recente di Lipsia dei fratelli *Kriegel* l. c.

d) Finalmente non è difficile trovare le così dette parole geminate, e trasposizioni di lettere come nella L. 20. de evict. (21. 2) in luogo di *ut eo nomine* deve leggersi *tu eo nomine* (l).

(2) Non vogliamo intendere l'interpetrazione logica in senso ristrettissimo come l'intende p. e. il *Savigny*, il quale propone quattro specie d'interpretazioni, ossia grammaticale, logica, sistematica e storica. L'interpretazione grammaticale avrebbe per oggetto la parola, la quale è il ponte tra il pensiero del legislatore ed il nostro; la logica, il nesso logico tra le varie parti d'una legge; la storica riguarderebbe lo stato del Diritto nel tempo in cui la legge fu publicata, e nel quale essa deve avere la ragion di esistere; finalmente l'elemento sistematico si riferirebbe al legame, col quale sono unite tutte le regole e gl'istituti di diritto nella grande unità, che si è presentata alla mente del legislatore nell'atto di formare e promulgare la legge. In sè stessa considerata la cosa, non è chi non vegga l'esattezza di questa teoria; ma nondimeno la logica interpretazione, o l'elemento logico dell'interpretazione è preso dal *Savigny* in un significato troppo ristretto; laddove noi prendendo la medesima interpretazione per tutti i mezzi intellettuali, e della scienza, accenniamo nel medesimo tempo a tutti e tre i suddetti elementi.

(3) Dicemmo che qualche volta si è abusato di questa specie d'argomentazione; e di vero, mentre in ogni legislazione l'argomento *a contrario* è norma certa dobbiam guardarci di farne spesso uso nella legislazione giustinianea, sia perchè la maggior parte di questo codice colossale incorre facilmente nella casistica, specialmente se riguardiamo il numero grandissimo dei rescritti, sia perchè le dottrine dei giuristi sono spezzate e non presentano per sè stesse una unità; anzi qualche volta gli stessi compilatori staccarono interi passi dalla loro logica connessione. In altri termini, nell'interpretazione di ciascuna legge del diritto romano deesi por mente se sia più fondato l'argomento *a contrario*, oppure l'altra massima, *unius positio non est alterius exclusio*. In questo modo nella legislazione romana l'argomento *a contrario* corrisponde più alla logica, che all'elemento grammaticale dell'interpretazione. *Eckardi*, herm. iur. §. 201. 202.

(4) Oltre a queste regole generali bisogna che l'interprete abbia innanzi alla mente le seguenti:

a) In caso di dubbio deve adattarsi quel significato, il quale libera da errori la disposizione legislativa (m).

b) Tutte quelle disposizioni, le quali più o meno si scostano dal diritto comune stabilito, come diritti singolari e privilegi, sono da interpretare strettamente; lo stesso si dica delle leggi corrette (n).

c) Nel dubbio deve accettarsi la più equa, e la più mite disposizione (o).

(5) Nel caso che s'incontrasse contraddizione nella medesima legislazione giustinianea, il solerte interprete ha innanzi alla mente un altro problema a risolvere, cioè quale dei due passi, che si contraddicono, debba essere all'altro preferito? Egli

---

(l) Per gli altri casi V. *Eckardi*, o. c. §. 60. 11.

(m) Const. Tanta §. 15. N. 158. c. 1.

(n) P. e. L. 35. pr. C. de inoff. test. (3. 28).

(o) L. 18. de leg. (1. 3.). *Cels.* Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.—L. 56. *Gaius.* Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.—90. *Paul.* In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit.—L. 155. §. 2. de reg. iur. (50. 17.); L. 42. de poen. (48. 19.).—L. 3. de his quae in test. (28. 4.).

è certo, che i quattro libri della legislazione di Giustiniano formano un tutto armonico, cosicchè bisogna considerarli come una sola e grande legge; se non che si può fare eccezione dell'ultimo, le *Novelle*, le quali erano determinate come singole leggi allo sviluppo graduato, ed all'emendazione del diritto; esse non sono state mai riunite in una collezione dallo stesso legislatore, da poterle considerare come le leggi del Codice, quali parti di una medesima e grande Legge. Se mai una contraddizione vi fosse tra le Novelle e gli altri libri della legislazione Giustinianea, non solo le Novelle debbono esser preferite agli altri tre libri, ma una Novella più recente dovrebbe esser preferita a quella che ha data più antica. Non si può dire lo stesso degli altri tre codici, i quali non ponno prendersi partitamente, poichè fanno parte essenziale d'una grande legislazione, e tutti e tre insieme sono da riguardare come una grande legge di Giustiniano. Da questo punto di vista è adunque impossibile l'idea di preferire il Codice alle Pandette, e queste alle Istituzioni. Molti hanno voluto fare un'altra eccezione per le Istituzioni, le quali dovrebbero esser preferite alle Pandette ed al Codice, essendo un'opera tutta del legislatore Giustiniano; altri vorrebbero invece, che fossero posposte, essendo null'altro che un ristretto delle Pandette. Più giusto sarebbe il considerare le Istituzioni come una sola costituzione di Giustiniano, collegandosi con le altre in una grande legislazione, e da questo aspetto non sono nè da preferire, nè da posporre alle altre parti. Con più apparenza di ragione altri han voluto vedere una preferenza del Codice sulle Pandette e sulle Istituzioni in caso di contraddizione : imperocchè il Codice fu publicato nel 534, laddove le Pandette e le Istituzioni un anno prima, e però il Codice deroga alle Pandette ed alle Istituzioni in quelle parti, che discordano da questo novello libro. Questa è ragione apparente, non vera, e di fatti l'ultimo Codice (*Codex repetitae praelectionis*) è stato ed è il compimento d'una sola legislazione, nella quale Giustiniano non suppone, nè accetta contraddizioni, ma la ritiene completa in ogni sua parte integrante. Però qualora s'incontrasse qualche contraddizione tra le diverse parti dei fonti, non bisogna mai perdere di mira, che le tre parti del sistema formano un tutto, come d'una grande legge, nella quale non s'ammettono contraddizioni (p), e, se discordanza mai vi fosse, non può essere che apparente; per la qual cosa l'armonia può e dev'essere ristabilita, tenendo sempre innanzi alla mente l'elemento storico e sistematico di quei determinati passi, che sembrano in contraddizione. Finalmente qualora anche paragonando le parti discordanti con le altre della legge medesima, oppure con altre leggi, la contraddizione nondimeno rimane, ed è impossibile conciliare quei passi, allora non resta altro che preferire quel passo, che meno contraddice allo spirito di tutto il sistema.

§. 11.

V. Del Diritto in rapporto al tempo.

Thibaut, Sist. not. d. — *Savigny*, Sist. del D. R. v. 8, §. 38. 3. ss.

Seguendo il diritto lo svolgimento della civiltà, avviene, che si dànno di tempo in tempo occasioni, le quali dan motivo al cambiamento d'una legge (a). Circa l'applicazione della legge nuova introdotta ai rapporti giuridici, che non cambiano nello stesso momento della legge; questi si ponno riguardare sotto due aspetti, in quanto cioè all'acquisto dei diritti, ed in quanto alla loro esistenza.

(p) L. 2. §. 15. C. de vetere iur. enucl. (1. 17.). — *Savigny*, Sist. V. I. §. 43. ss.

(a) L. 13. de legibus etc. (1. 3.).

I. Nel primo caso si trova perfettamente fondato il principio — *la nuova legge non può turbare diritti legalmente acquistati;* ovvero: *la legge non dispone che per l'avvenire* (b). Non bisogna però confondere l'acquisto dei diritti 1) colla potenza di acquistarli, 2) colla speranza, 3) finalmente coll'esercizio dei diritti stessi. Volendo applicare questo principio ai principali istituti giuridici si ha:

1) In quanto allo stato della persona possiamo avere due punti; o si riguardano gli atti impresi sotto la legge anteriore, ed allora si applica il principio esposto innanzi; o si riguarda lo stato stesso della persona, come la maggiorità o minorità, ed il principio stabilito non può avere applicazione (1).

2) Pienamente viene applicato nel diritto sulle cose, specialmente quando concerne l'acquisto del diritto medesimo; soffre modificazione in quanto agli effetti, ed in quanto all'estensione determinata dalla nuova legge.

3) Tutte le relazioni di successione si possono ordinare a questa guisa. Sulla successione testamentaria abbiamo le seguenti regole: la nuova legge può riguardare l'idoneità del testatore, il contenuto dell'atto, la persona dell'erede. In quanto al primo punto, se la legge nuova riguarda la idoneità del testatore, non avrà nessuna efficacia su lui, per la qual cosa il punto di partenza per la sua idoneità è la data del testamento. Non così quando la legge nuova versa sulla sostanza dell'atto medesimo; imperciocchè il testamento, come atto di trasmissione della personalità del defunto, non è possibile prima della morte del testatore; onde il punto di partenza, per l'applicazione della legge nuova, è in questo caso l'ultimo momento della vita del testatore (2). In riguardo al terzo punto o alla persona dell'erede, abbiamo, che, secondo il diritto romano, l'istituzione dell'erede corrisponde esattamente a tre punti compresi nel testamento: in effetto essa è parte della *testamenti factio*, del contenuto del testamento, come requisito necessario alla esistenza del medesimo, e dell'acquisto dell'eredità: è per conseguenza da conchiudere, che la nuova legge, la quale rende inidoneo un erede, capace sotto l'imperio della legge antica, è certamente applicabile quando vien publicata prima dell'acquisto dell'eredità (c).

(b) L. 7. C. de leg. (1. 14.). *Theod.* Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.

(c) *Savigny*, op. c. v. 8. §. 391. — *Vangerow*, manuale delle Pandette, v. I. §. 26. n. 3. a. Marburg 1851.

Per l' eredità *ab intestato* il punto fisso è la delazione dell' eredità; quando la legge nuova è publicata prima della delazione di essa, questa s'apre secondo la legge nuova, se dopo, va sotto l'imperio della legge antica (3).

4) Nella teoria dei contratti non v'ha difficoltà di ritenere essere applicabile la legge, che vigeva quando il contratto fu perfetto: e tutto ciò vale sia in vantaggio, sia in pregiudizio dell'atto conchiuso (4). Similmente è da giudicare del matrimonio, considerato come atto, che cade sotto l' imperio della legge vigente al tempo della sua celebrazione; non è però lo stesso qualora si considerano le conseguenze d'un matrimonio, come sarebbe, verbigrazia, lo scioglimento di esso, la dote della moglie, o le donazioni tra' coniugi. In quanto allo scioglimento il principio di sopra stabilito non può avere applicazione, trattandosi non dell' acquisto d' un diritto, ma dell' esistenza o non esistenza d' un istituto giuridico; cosicchè, abolito il divorzio con una nuova legge, questa sarà applicabile a quei matrimonii conchiusi sotto l'imperio della legge antica, che lo permetteva.

La data della celebrazione del matrimonio non potrà essere il punto di partenza pei diritti sul patrimonio dotale; la dote, essendo un istituto a sè, fissa il tempo della sua costituzione secondo la legge allora vigente nel domicilio del marito.

5) La teoria della retroattività offre una difficoltà alquanto rilevante nella prescrizione; e, per far semplici le quistioni che sorger ponno in questa teoria, è mestieri fermar l'attenzione sopra tre casi: 1) È possibile che la nuova legge sia publicata dopo compita la prescrizione, ed allora, agevolmente s' intende, essa non avrà nessun potere sulla prescrizione già compiuta, anche se allungasse il tempo stabilito dall' antica. 2) Facile è pure il caso quando la prescrizione comincia sotto l' imperio della legge nuova, perocchè allora questa sarà certamente applicabile. 3) Finalmente è possibile che la nuova legge sia publicata mentre corre la prescrizione, e che ne accorci il tempo; qui nasce la difficoltà se debbasi applicare la legge nuova o l'antica; più ragionevole sarebbe applicarle entrambe, l' antica pel tempo scorso, la nuova pel tempo seguente (5).

II. Il principio stabilito che la legge non ha effetto retroattivo non è applicabile:

1) quando la nuova legge abolisce una relazione giuridica o un istituto, allora la legge avrà senza dubbio effetto retroattivo;

2) quando la retroazione è prescritta dalla medesima legge, e sarà applicabile ai casi sorti sotto l' imperio dell' antica; ma non certo ai casi passati in causa giudicata, e pendenti nei tribunali di appello (d);

(d) L. 2. §. 23. C. de vet. iur. enucl. (1. 17.). — L. 22. §. 1. C. de ss. Eccles. (1. 2.). *Iust.* Quae oportet non solum in casibus quod futurum tempus creaverit, sed etiam in adhuc pen-

3) quando la legge è emanata sotto forma di legale interpretazione; perchè allora si suppone che la legge antica conteneva implicitamente la dichiarazione della novella, e che qualunque disposizione contraria nasce da un errore di diritto (e).

ANNOTAZIONI

(1) È questo un punto molto controverso nelle scuole di diritto. Volendo mettere questo principio in un caso pratico si domanderebbe: se la legge nuova prescrivesse un tempo più lungo per la età legale, sarebbe questa applicabile a coloro i quali compirono già la detta età sotto la legge antica? Ovvero: colui il quale, mentre è in vigore p.e. il diritto italiano compie l'età di 21 anni, deve poi esser considerato novellamente minore, quando, prima ch'egli compisse il 25 anno, al diritto italiano venisse surrogato il diritto romano, che prescrive ai 25 anni l'età legale?

La maggior parte degli scrittori alemanni han risposto negativamente e tra gli altri, il più profondo tra essi, *Carlo di Savigny*, il quale nella sua memorabile opera del Sistema del diritto romano ne tratta in uno speciale paragrafo (f). Egli divide tutta la teoria della retroattività delle leggi nei due principii, che noi abbiamo già accettati, cioè dell'acquisto e della esistenza del diritto; ed è certo che per acquisto di diritti s'intende parlare di negozii giuridici, ch'egli non cessa di rammentare ad ogni occasione (g), ovvero di quegli atti, che, come direbbe lo *Zachariae*, sono fondati sulla volontà formale o presunta d'una persona (h).

Ora è chiaro che lo stato della persona non può esser considerato come un diritto legalmente acquistato, non essendo un atto fondato sulla propria volontà formale o presunta. Che un contratto fatto dalla persona di 21 anni sotto l'imperio della legge italiana debba esser considerato come atto di maggiorenne, anche quando venga introdotto il diritto romano, è evidentemente certo; ma che un atto fatto dal medesimo giovane prima d'aver compiuta l'età di 25 anni, e dopo che è stata introdotta la legge nuova, debba esser considerato come atto di minorenne non è men certo; imperocchè l'essere minore o maggiore non è un atto, che sta nella volontà formale o presunta della persona, ma che ha sua ragion di essere solamente nella disposizione della legge già abrogata dalla novella; in altri termini qui si tratta piuttosto dell'esistenza del diritto. È vero per altro che al dotto giurista non poteva nascondersi questa verità, ed egli stesso è costretto a confessare che lo stato della persona in sè, e la maggior parte delle manifestazioni in rapporto allo stato, son di natura così astratta, che non ponno esser riguardati come diritti acquistati; ma tenta di spiegare la sua teoria per mezzo di eccezioni, e specialmente in quanto all' età;

---

dentibus et iudiciali termine vel amicali compositione necdum sopitis obtinere.—L. un. In fin. C. de contr. iudic. (1. 53.). *Iust.* Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus vel iudicationibus sopita sint. — L. 17. C. de fide. instr. (4. 21.).—L. 15. §. 5. C. de leg. heredib. (6. 58.). — N. 19. pr. c. 1. — N. 115. pr. e c. 1. — L. 21. C. ad S. C. Veliei. (4. 29.). — L. 3. C. §. 1. de quatr. praescr. (7. 37.). — L. 3. C. de pac. pign. (8. 33.).

(e) N. 19. praef. — N. 143. in fin.

(f) *Savigny*, op. c. v. 8. §. 389.

(g) *Savigny*, op. c. v. 8. §. 388.

(b) *Zachariae*, diritto civile Francese, v. 1. §. 30. Napoli 1847.

sicchè appena giunto alla maggiorità sotto l'imperio dell'antica legge, deve l'individuo esser considerato come maggiore, anche se un mese dopo la legge allunghi il tempo dell'età legale. Però aggiunge il *Savigny:* la facoltà che si dà al minore per decisione dell'imperatore (*venia aetatis*) non debbe esser negata a colui, il quale, prima che fosse publicata la novella legge, compì la età legale. Che la *venia aetatis* sia da paragonare a questo caso, non sembra, essendochè quella avea tutto il carattere d'un privilegio, e di privilegio non deve parlarsi, quando si tratta di principii e conseguenze di diritto comune. In fine il nostro giurista per avvalorare la sua teorica asserisce, che le legislazioni moderne si sieno determinate secondo la sua opinione, e per conferma allega un articolo del Codice prussiano, il quale su questo oggetto stabilisce: « La maggiore età entra ai 24 anni compiuti per quelle persone, le quali prima dei 15 gennaio 1815 non l'avevano compita secondo le leggi finora vigenti ». In questi termini egli è ben naturale che colui, il quale aveva già compita l'età legale, debba esser considerato sempre come maggiore, non per conseguenza della dottrina del *Savigny*, ma perchè la legge lo ha espressamente dichiarato; crediamo che sarebbe stato altrimenti, se il Codice prussiano avesse detto in questo modo: « Dal 15 gennaio 1815 la età legale entra dal 24.° anno compito »; anzi la nostra opinione è tanto più vera, che il legislatore prussiano, affinchè la legge avesse la conseguenza che vorrebbe il *Savigny*, l'ha dovuto espressamente dichiarare, senza della quale dichiarazione l'effetto sarebbe stato certamente diverso. L'eccezione adunque del *Savigny* in questa materia non è fondata, vieppiù se consideriamo un po' più addentro lo stato della persona nell'intero sistema del diritto.

In diritto le eccezioni o raramente s'ammettono, o ei vengono tassativamente determinate dal legislatore (e questo ci sembra il caso dell'articolo del Codice prussiano, addotto per pruova dal *Savigny*); esse portano sempre l'impronta di principii, i quali più o meno s'allontanano dal diritto comune, ed hanno il carattere, o d'un bene publico, o dell'equità, che tende a moderare il rigorismo del diritto civile. Applicando queste idee alla nostra questione, l'eccezione messa dal *Savigny* in riguardo al principio della non retroazione sullo stato dell'età della persona, non è in verun modo giustificata. Innanzi tratto notiamo il suo principio, che lo stato della persona in sè non può esser riguardato come diritto legalmente acquistato; l'eccezione poi a questo principio, che è il punto di leva della sua dottrina non ci viene in nessun modo determinata dalle leggi; onde ci conviene stare alla teoria comune sullo stato della persona considerato in sè stesso. Parrebbe a prima vista che il principio di equità possa essere la chiave della dottrina del dotto giurista; imperocchè, si dice, non è forse ingiusto o poco equo, il considerare il già maggiore sotto l'antica legge, minore sotto la nuova, e farlo dipendere dalla volontà d'un terzo, quando la legge gli aveva già concesso la padronanza di sè stesso? Se da una parte la minorità è uno stato di dipendenza, è dall'altra parte privilegiata, essendochè la legge in favore de'minori prende molte disposizioni, le quali più o meno si discostano dal diritto comune; valga per tutte la restituzione in intiero. Tutte queste disposizioni vengono giustificate dal principio, che la legge supplisce alla immaturità di consiglio del minore; onde questi ha diritto ad una maggiore tutela della legge in suo favore. Ora una legge nuova (che in fine non è certamente l'arbitrario d'uno o più legislatori, ma il sentimento comune giuridico), la quale rimanda ad un tempo posteriore il compimento dell'età legale, manifesta il comune convicimento che le persone, non ancora giunte a quella età, non sieno affatto capaci a regolare i proprii affari, e però degne di maggior tutela. Non è adunque più equo di concedere tutti quei beneficii dati ai minori anche a quella classe di persone, le quali, sebbene avessero compito l' età secondo la legge antica, pure dal sentimento comune giuridico, espresso per mezzo della legge, non sono state ancora credute di matura capacità? Altrimenti, invece di conceder loro un diritto, verremmo a negar un patrocinio, il quale secondo la legge nuova non può essere negato all' uomo minore di 25 anni.

La moderna giureprudenza si è dichiarata per la nostra opinione, e non solo molti autori di Diritto francese, ma arresti di Corte di Cassazione hanno determinato, che gli atti fatti dal minore, mentre era considerato maggiorenne dalla legge antica, debbono esser ritenuti validi dalla nuova; laddove quelli che questa persona imprenderà prima di giungere all' età legale stabilita dalla legge nuova, debbono esser considerati atti di minorenne; o altrimenti, secondo la teoria comune, vanno soggetti all' impero della novella legge.

(2) Questa triplice distinzione è stata da noi fatta nel senso più ristretto della parola, ed avendo presenti le parti integrali del testamento. E, parlando della *testamenti factio activa*, volemmo intendere l' idoneità del subbietto unicamente in riguardo alle sue qualità fisiche e personali. Ora bisogna far notare che la persona del subbietto potrà trovarsi in rapporto con lo stesso contenuto del testamento, ed allora sonvi due punti essenziali, la personalità, ed il contenuto dell' atto, uno dall' altro inseparabile. In breve, l' espressione dei Romani, *testamenti factio activa*, bisogna che si prenda in doppio significato; primieramente circa le qualità fisiche della persona, come l' esser pubere od impubere, mentecatto o di sana mente; in secondo luogo, riguardo ai giuridici rapporti, come al diritto di disporre; in questo ultimo significato non hanno la *testamenti factio* i peregrini, che in questo caso suona *commercium*. Similmente l' idoneità del testatore è in attinenza col contenuto stesso del testamento, ossia colla sostanza dell' ultima disposizione; sicchè da questo lato non hanno facoltà di far testamento il figlio di famiglia (quantunque questi, in quanto alle sue personali qualità, ha la *testamenti factio* nel primo significato), ed il Latino Giuniano (h). Egli è chiaro che in questo caso essendo la facoltà del subbietto congiunta all' essere del contenuto, debbesi avere un doppio punto di partenza; il tempo cioè della compilazione del testamento, e la morte del testatore, senza che potesse nuocere lo stato intermedio.

Quando poi il contenuto del testamento non è per nulla in relazione colla capacità del subbietto, sono da considerare principalmente quelle parti dell' atto di ultima volontà, le quali hanno un carattere tutto sostanziale e positivo, come sarebbe la porzione legittima, la quale viene in ogni caso computata sull' asse ereditario alla morte del testatore (i), come le relazioni materiali dell' erede in rapporto alla persona del legatario in ciò che risguarda le restrizioni della legge Falcidia; oppure quelle che hanno una importanza meramente giuridica, e che decidono della validità o non validità dell'atto, e di questo carattere sono i diritti d'un *suus* o del *postumo*; per tali cose il punto di partenza è la morte del testatore. Ma in queste non

---

(h) *Ulp*. fragm. XX. 2. 4. 5. 6. 8. 10. 14. — *Gai*., inst. II. §. 147. L. 1. §. 8. de bon. poss. sec. tab. (37. 11). — *Savigny*, op. c. §. 393.

(i) §. 2. Inst. de L. Fal. (2. 22). Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. — L. 73 pr. ad L. Falc. (35. 2). — *Gai*. In quantite patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectari. — *Savigny*, l. c. *Zacchariae*, t. c.

Servio Tullio. Le deliberazioni prese in cotale assemblea furon dette *leges*, perchè fatte coll' intervento di tutte le classi dei cittadini. Ma poichè questo modo di far le leggi, per vizio intimo della costituzione romana, non garentiva in tutto i diritti dei plebei, questi dopo la *secessio* al Monte Sacro ottennero un magistrato proprio, detto Tribuno della plebe, ed il diritto di adunarsi ne'Comizii tributi; così la plebe acquistò di fatto il potere legislativo, che prima aveva solo di nome. Le deliberazioni prese nei comizii tributi (*Plebiscita*) non ebbero per sè vigore di leggi, se non dopo il 415 per mezzo delle leggi *Publiliae*, e più tardi per la *lex Hortentia* nel 467; d'allora esse furono obbligatorie per tutto il popolo romano, e la distinzione tra *leges* e *plebiscita* non restò che di nome.

Le deliberazioni legislative in entrambi i comizii si facevano dopo la proposta d'un magistrato superiore, del tribuno, se tributi, del console o altro magistrato superiore, se trattavasi di centuriati. La proposta della legge era fatta nota (*promulgatio legis*) al popolo fin dal momento della convocazione; il che facevasi per lo più nei tre precedenti giorni di mercato. Convocato il popolo, il magistrato, che faceva la proposta, lo interrogava (*rogatio legis*) colla formola solenne: *Velitis iubeatis hoc, Quirites, rogo*, ed a sostegno di essa usava pronunziare un'orazione. Quindi, dopo il dibattimento dei *suasores* e dei *dissuasores legis*, si cominciava la votazione, ed il popolo alla parola *discedite*, si spartiva nelle varie tribù per rispondere alla *rogatio* colle parole *uti rogas*, se vi acconsentiva, o colla parola *antiquo*, se no. La legge era presentata al popolo in termini generali; la compilazione, come dicesi, di essa era affidata al magistrato, al quale non mancava mai l'opera degl' intelligenti della materia.

Le leggi (compresi anche i plebisciti) erano *perfectae, imperfectae et minus quam perfectae*, secondochè avevano la *sanctio legis*, che dichiarava nullo ogni atto contrario alla legge, o non l' aveano per nulla, o l' aveano in parte, cioè non sancivano nullo l'atto contrario, ma determinavano una pena. Le leggi prendevano nome da coloro che aveano fatto la proposta, coll'indicazione talvolta della materia trattata, così *Lex Sempronia — Aquilia — Lex Iulia de cessione bonorum: ecc.*

II. *Senatus-consulta*—Il senato non avea potere legislativo, come il popolo, ma solo amministrativo e consultivo, ed il suo ufficio rispetto alle leggi era di proporle, sostenerle (*auctores fieri*), e dare il suo assenso o diniego dopo che erano state votate dal popolo. Col tempo nondimeno il Senato cominciò a mandar fuori deliberazioni di per sè senza appellarsi al popolo, queste deliberazioni dette *Senatus-consulta* non avevano propriamente vigore legislativo, ma l'ottennero per l' autorità che avea il Senato, e per consuetudine. Nel terzo periodo il Senato ebbe davvero potere di far leggi indipendente dal popolo; ma poichè era preseduto dall' imperatore, le sue deliberazioni venivano da lui promosse per mezzo di un' *Oratio*. Tale potere fu apparente, e sparve del tutto sotto Settimio Severo, e Caracalla. I senaticonsulti prendevano nome dal console o dalla materia che trattavano; così p. e. SC. Trebelliano, *de Baechanalibus;* o da colui che ne diede l' occasione come SC. Macedoniano.

III. *Edicta magistratuum* — La magistratura romana era così organizzata, che ampio potere concedevasi al magistrato nell' esercizio delle sue funzioni; il che era leva potente di progresso specialmente per l'amministrazione della giustizia. Questo potere, dapprima alquanto limitato, allorchè il sistema processale delle *legis actiones* era vigente, si estese poscia di gran lunga per mezzo della legge Ebuzia, che introdusse la procedura formolaria. I Pretori, dovendo dare le formole per ogni azione, ebbero così il potente mezzo di mettere innanzi nuovi principii e novelle regole senza ingenerare confusione e derogare all'antica legislazione. In fatti queste regole e principii di diritto introdotti non aveano altra forza, che quella che loro dava l'autorità pretoria, nè valevano legalmente appo gli altri magistrati: onde, restando saldo il diritto civile, venivasi gradatamente a provvedere a'bisogni del popolo. Così sorgeva il *ius praetorium*, opposto al *ius civile* non solo per la forma, ma per la sostanza. Il Pretore, nell'esercizio delle sue giurisdizioni fattosi mediatore tra la legge e il popolo, non faceva che seguire il comune convincimento, e quindi conformavasi quasi sempre ai dettami della *naturalis ratio*, e alla coscienza giuridica del popolo romano. Quest'autorità rappresenta veramente il principio dialettico, che accordava i contrarii; imperocchè la civiltà romana svolgevasi tra lo spirito d'individualismo, e quello più vasto della sua politica, e della sua missione conquistatrice ed incivilitrice; e l'idea del diritto che esplicavasi colla civiltà tra questi opposti, trovò il principio conciliativo nell'autorità del Pretore. Quindi vediamo sorgere, accanto al *Praetor urbanus*, il *Praetor Peregrinus*, che ispirandosi agli stessi principii opera l'unità del mondo romano e nella civiltà e nel diritto.

Per portare queste innovazioni i Pretori non aspettavano che si porgessero speciali casi, ma fin dal principio della loro carica edicevano i nuovi principii e le novelle massime giuridiche col publicarle affigendole nel foro in un editto, che stabiliva il criterio con che il diritto dovea esser compreso ed applicato. Ciò era doppiamente utile, e ai cittadini che conoscevano la maniera come dovevano esser giudicati, ed ai Pretori, perchè questi così toglievan via ogni apparenza di parzialità. Gli editti publicati al primo entrare in ufficio, perchè servissero di norma al Pretore durante l'anno della giurisdizione, vennero appellati *edicta perpetua*, in opposizione a quelli emessi per casi speciali, chiamati *edicta repentina;* i primi, trasmessi ed accettati per lungo tempo dai Pretori successivi, addivennero tradizionali e presero il nome di *edicta translaticia.* Così si dischiuse questa novella fonte di diritto, e quantunque le massime di un editto non avessero vigore di legge, nè valessero che per un anno, pure la loro conservazione e successiva ripetizione dette loro il carattere di ferme regole giuridiche. Tale sorgente di diritto, nata nel secondo periodo, durò molto tempo ancora nel terzo, e sotto Adriano fu fatta un'accurata ed ordinata raccolta degli editti, la quale ebbe nome di *edictum perpetuum*, o di Salvio Giuliano che ne fu l'autore.

IV. *Responsa prudentum* — Chiamavansi *prudentes*, *periti*, *iuris-consulti*, tutti coloro che attendevano precipuamente alla conoscenza ed all'applicazione del diritto. L'ufficio del giureconsulto dapprima era conceduto esclusivamente ai patrizii, essendo il *ius civile* dipendente dal *ius sacrum*, che regolava ogni faccenda publica e privata, determinando i giorni in cui gli affari doveano esser trattati. Nondimeno nel V secolo Gneo Flavio secretario di Appio Claudio, essendo edile, publicò i *fasti*, fino allora tenuti secreti dai patrizii, cioè la lista di tutt'i giorni, ne' quali era lecito o vietato di eseguire atti in giudizio. Questo fu il momento da cui cominciò il diritto ad essere elaborato da tutti, e già il primo lavoro fu quello dello stesso Flavio, che raccolse tutte le formole solenni, sia per le azioni della legge (*legis actiones*), sia per gli affari giuridici in generale; questo lavoro fu nominato dal suo autore *ius Flavianum*. Da questo punto storico si vien formando in Roma un ceto speciale di cittadini, l'occupazione de' quali era la scienza del diritto e la sua applicazione alla vita reale; di fatti Tiberio Caruncanio, primo Pontefice Massimo di condizione plebea, esercitò primo l'ufficio di giureconsulto, fino allora tenuto da que' patrizii, che avevano alti gradi e di famiglia e di autorità nello Stato. Dapprima, come avviene nella fanciullezza d'ogni scienza, la giurepradenza cominciò dal prescrivere pratiche regole sulla maniera di trattare gli affari, e di questa specie era l' opera di G. Flavio; ma non andò guari che i lavori sul diritto, ormai fatto patrimonio comune, acquistassero un maggior sistema di scienza; ed in vero un secolo dopo venne publicato da Elio un altro lavoro molto più importante, conosciuto perciò col nome di *ius civile Ælianum;* imperciocchè esso era diviso in tre parti, leggi delle XII Tavole, interpretazione, e *legis actiones;* e così per indicare le formole delle *legis actiones* bisognava trattare le altre materie di diritto: verso la fine della Repubblica troviamo nomi, che furon celebri nei fasti della romana giureprudenza, come quei di Cicerone, di Mucio, di Bruto, di Manlio, ecc.

Secondo espone Cicerone, l' ufficio del giureconsulto consisteva in *respondere, cavere, agere, scribere* (a). Consiste il *respondere* nel dare il proprio parere o consiglio nelle quistioni di diritto, o applicarlo al caso pratico. Il giudizio o responso che davasi a richiesta della parte innanzi al giudice, non legava quest'ultimo, ch'era sempre libero d' attenervisi, o di rifiutarlo. Il *cavere* stava nel determinare il modo e la forma d' esercitare legalmente un diritto, e condurre un affare con avvedutezza e con tutta la sicurtà possibile. Stava l'*agere* nel prendere parte attiva al processo, vegliando l'esecuzione del proprio consiglio, e sostenendo gli oratori del cliente; da ultimo il far mettere in iscritto da' loro scribi i negozii giuridici, era l'ultima occupazione dei *prudentes*; e quest'ufficio propriamente legava la legge scritta agli usi della vita reale. Nel terzo periodo ne crebbe di molto la importanza, dappoichè Augusto, che sentì la necessità d'innestare nel suo potere questo ramo d'attività giuridica, conferì a' più illustri tra' *prudentes* l' autorità del *ius respondendi*, e diede per conseguenza ai responsi quella forza legislativa, ch'era data al solo principe. Il giudice fu quindi obbligato d' attenersi forzatamente ai responsi, specialmente quando i giuristi erano unanimi di parere (*sententiae*), solamente in caso di controversia gli si dava la facoltà di appigliarsi alla più giusta ed alla più equa delle opinioni (*opiniones*). I responsi di questi giureconsulti dovevano essere scritti e segnati, affinchè non si desse agio alla falsificazione.

V. *Constitutiones principum*— Elevato che fu Cesare Augusto al trono e fatto imperatore e rappresentante dell'impero romano, con l'*imperium* gli furon dati tutt' i poteri de'principali magistrati, che avevano avuto fino a quel tempo in loro mano le sorti di Roma. Le leggi emanate dall'imperatore come organo dello Stato, e sommo magistrato diconsi *constitutiones principum*. La prima forma di queste leggi è la *Oratio*, la quale, dapprima semplice proposta legislativa fatta al Senato, addivenne poscia una legge annunziata a questa assemblea. La seconda forma consisteva negli *editti*, che l' imperatore emanava in forza del *ius edicendi*, in qualità di primo magistrato, pretore o proconsolo. La terza forma era il *mandato*, col quale il principe commetteva la sua giurisdizione ai luogotenenti, e dava loro a tale scopo istruzioni e regole di diritto. La forma più frequente era il *decreto* ed il *rescritto*; il primo conteneva decisioni sulle quistioni di diritto presentate al principe come a giudice; il secondo conteneva specialmente la risposta ad un quesito, dopo essersi delegato ad un

(a) *Cicer. de Orat. I. 48. in f., top. I.*

magistrato l'esame della causa. I rescritti potevano essere fatti a modo di lettere, ed allora chiamavansi *epistolae*; la risposta poteva esser data scritta a piè di pagina nella domanda, ed allora aveva comunemente il nome di *subscriptio*. È stato controverso, se i decreti ed i rescritti avessero forza legislativa pel solo caso particolare, o per tutti i casi simili; è tuttavia quasi generalmente accettato, che la decisione valeva pe' casi simili, purchè tale fosse stata la volontà del principe, e fosse certo che si volle esprimere un principio assoluto di diritto; così si spiega quella distinzione tra *constitutiones generales* e *personales*.

Grandissimo fu il numero de'rescritti e de'decreti dati da'principi mercè l'aiuto de' giureconsulti, che componevano il loro consiglio; e di un gran numero di essi fanno fede i giureconsulti romani nelle Pandette (b).

CAPITOLO II.

DELLE PERSONE.

§. 13.

Concetto della persona.

1) Intendiamo sotto il nome di Persona ogni subbietto di diritto, ossia ogni individuo ch' è, o può esser subbietto di diritto. La personalità adunque è l' attitudine, l' idoneità a svolgere sè stesso, la quale in diritto romano non è compresa nel concetto di Uomo; e però non è condizione che accompagna sempre la esistenza umana, e ben si può acquistare come perdere nella sua totalità. Laonde non ripugna al diritto di Roma la distinzione tra uomo e persona; il solo uomo, senza la capacità, non è persona, non è subbietto, ma obbietto di diritto.

2) Quantunque la personalità non possa risedere che in un uomo, pure, come in diritto romano abbiamo uomini che non sono persone, così abbiamo persone che non sono uomini, tutte le volte che la capacità, la personalità non risiede in un individuo, ma in quelle persone, le quali esistono per finzione di legge, onde a queste si dà il nome di persone giuridiche, fittizie, enti morali.

3) Le persone si distinguono per conseguenza in persone fisiche e morali. In quanto alle prime bisogna considerare tre punti essenziali: l' esistenza fisica, la capacità o l' esistenza giuridica, e le circostanze, che modificano la esistenza fisica e giuridica della persona.

(b) L. 2. pr. ad SC. Vellean. (16. 1). — L. 26. de lib. (28. 2). — L. 8. pr. de quaest. (48. 18). — L. 15. pr. ad Leg. Corn. de fals. (48. 10), etc.

I. Delle persone fisiche.

§. 14.

A. Condizioni per l'esistenza dell'uomo, o della esistenza di fatto.

T. D. de statu hominum (1. 5). *Savigny*, sist. del D. R. v. 2. §. 61.

Il diritto di personalità suppone anzi tutto l'esistenza dell'individuo, la quale incomincia dal momento, ch'è staccato dal corpo materno; il feto nel ventre della genitrice è considerato come parte del corpo di lei, e senza propria esistenza (a). Pur nondimeno abbiamo un temperamento a questo principio nella nota massima — *conceptus pro nato habetur,* quando cioè si tratta del bene del nascituro, si finge nato dal momento del concepimento (b). Non devesi per altro accettare questa massima come totale modificazione del principio generale; imperocchè la condizione, che il feto venga perfettamente staccato dal corpo materno, è ancora essenziale: e, soltanto allora che il fanciullo è staccato, si considera come esistente fin dal suo concepimento; che s'egli morisse prima di questo punto, è ritenuto come mai fosse esistito. Cosi se una donna incinta libera è fatta schiava e partorisce nella schiavitù, il figlio sarà considerato libero; il postumo ha diritto all'eredità del padre, e, nato, rompe il testamento: ma, se morisse pria di venire alla luce, è considerato come mai avesse avuto esistenza, e però più non ha luogo la precitata massima (c).

2) Bisogna che il bambino viva dopo uscito dal corpo materno, e su questo punto eravi controversia tra la celebre scuola de' Proculeiani e quella de' Sabiniani; i primi voleano riconoscere la vita del neonato dalla voce, mentre gli altri si contentavano di un qualunque movimento. Giustiniano, che ci dà notizia della controversia, ritiene l'opinione degli ultimi (d).

(a) L. 1. §. 1. de inspic. ventre etc. (25. 4) *Ulp.* Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. — L. 9. §. 1. ad L. Falc. (35. 2). — L. 161 de V. S. (50. 16). — *Ulp.* Non est pupillus, qui in utero est.

(b) L. 7 h. t. *Paul.* Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. — L. 231 de V. S. (50. 16).

(c) L. 12 pr. de lib. et post. (28. 2). *Ulp.* Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exsecto ventre editus sit; nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate.

(d) L. 129 de V. S. (50. 16) *Paul.* Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. — L. 3 Cod. de postumis heredibus instit. (6. 29). *Iust.* Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Quum igitur is, qui in ven-

3. È necessario in terzo luogo che avesse forma umana; ma non tutti coloro che non hanno forma ordinaria sono da considerare *monstra* o *prodigia*, ma solamente quelli che non possono avere il predicato di umano (e).

ANNOTAZIONE

Oltre a questi tre requisiti molti giuristi ne ammettono un altro, ed è la vitalità; il fanciullo, essi dicono, bisogna che nasca vivo e vitale; l' uomo nato vivo, che non è capace di vivere lungamente, ha vita apparente e non reale, e però devesi ignorare la sua esistenza. Il difficile di questa opinione è determinare il caso, in cui un fanciullo debba esser tenuto come non vitale. La legge 12 *de stat. hom.* è applicata come se riguardasse la vitalità; imperciocchè, essi dicono, un fanciullo nato prima dei 182 giorni non può per ragioni fisiologiche continuare ad esistere, ed, avendo una vita passeggiera, non può essere riguardato come persona. Contro questa opinione basterebbe leggere attentamente quella legge e scorgere il fine per cui fu accettata nei Digesti la teorica d'Ippocrate. « Septimo mense nasci perfectum « partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et « ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, *iustum* « *filium esse* ». Ora l' opinione d' Ippocrate, come vedesi, fu accettata unicamente per decidere i rapporti di legittimità; il che è tanto più giustificabile nelle leggi, in quanto che la conseguenza giuridica del diritto di patria potestà e i diritti di suità son fatti dipendenti dal concepimento avvenuto in un legittimo matrimonio. Ora l'atto del concepimento è, e rimarrà sempre un mistero di natura, ed in una questione sulle attenenze testè mentovate, non era difficile che la difficoltà cadesse sulla pruova del concepimento avvenuto nel legittimo matrimonio; bisognava adunque affidare al giudice la decisione d' una tale controversia, e, trattandosi d'un mistero, si farebbe prevalere l'arbitrio del magistrato in un affare di tanto momento. Per la qual cosa la legge ha provveduto con un termine fisso, e ha detto: chi nasce dopo 182 giorni dalla celebrazione del matrimonio è tenuto figlio legittimo; con altre parole, è padre quello che viene mostrato dalle legittime nozze; la legge 12 dà luogo ad una presunzione. Dopo ciò, qual v' è necessità di ricorrere ad una presun-

---

tre portabatur, praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, etsi vocem non emisit, rumpi testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat. Eorum etiam nos laudamus sententiam, et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

(e) L. 12. § 1. de lib. et post. etc. (28. 2). — L. 14 h. t. *Paul.* Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur.

zione per stabilire la vitalità? Il fanciullo nato prima dei 182 giorni non è vitale, ma chi afferma il giorno del concepimento? chi darà il punto fisso per la computazione? La personalità investe l'uomo al momento della sua nascita; ora in quel tempo che il non vitale vive, breve che fosse questa vita, bisogna che sia qualche cosa; e s'egli non è persona, sarà servo; perocchè un essere umano che non sia nè persona, nè semplice uomo, non si dà in natura, nè tampoco in diritto. A difesa di questa opinione si allega la legge 2. C. post. hered. (6. 29), nella quale è detto che l'aborto non può rompere il testamento del padre; ma nè qui, nè altrove sta detto che un fanciullo nato vivo debba esser considerato aborto sol perchè è nato prima dei centottantadue giorni dalla celebrazione del matrimonio. Decisivo per noi è il frammento di Ulpiano l. 12. § 1. de liber. et post. etc. (28. 2): Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? *ET HOC TAMEN RUMPIT*. Questa legge non può essere più chiara; non credo poi che le parole *cum spiritu tamen* volessero significare la vitalità. V. *Savigny*, v. II. app. 3. *Thibaut*, §. 121. *Mühlenbruch*, §. 177. n. 2. *Boecking*, v. I. §. 32. *Burchardi*, II. §. 22. *Vangerow*, v. I. §. 32. not.

§. 15.

Termine della esistenza fisica.

1) La morte è l'estremo termine dell'uomo, ma della sola esistenza fisica non della personalità, la quale gli sopravvive, riveste un'altra persona dopo la sua morte (erede), e per la temporanea mancanza dell'erede informa gli stessi beni, che vengono riguardati perciò come persona giuridica (eredità giacente). Quando si vogliono far valere diritti dipendenti dalla morte di un uomo, debbesi, al par d'ogni altro fatto, provar che questi sia morto; perocchè la morte, come la vita, non si presume giammai.

2) Non è sempre agevole provare la morte dell'uomo, anzi in alcuni casi le pruove riescono impossibili, ed allora è mestieri che la legge provveda al difetto di esse per via di presunzione. Così riesce impossibile provare la morte di colui, del quale per molto tempo più non s'ha contezza nel suo ultimo domicilio. Il diritto romano non ci dà su ciò alcuna determinazione, ed a questo proposito tace, ma non così che non possa trovarsi una disposizione analogica. Egli sembra, che due leggi nei Digesti possano estendersi a questo caso, una, parlando del modo con cui debbono essere computati gli anni per sottrarre la quarta falcidia in un legato di alimenti, assegna diverse gradazioni di età, e giunge fino a 60 anni; ma questa legge, trattando di uno scopo tutto speciale, mal potrebbe servire all'uopo (a).

(a) L. 68. pr. ad Leg. Falcid. (35. 2.).

L'altra ci può dare il vero criterio, col quale si sarebbe potuto sciogliere questa difficoltà nel diritto romano: imperocchè Gaio domandando quanti anni dovrebbe durare l'usufrutto costituito per una persona giuridica? risponde, cento anni, essendo questo il più lungo termine della vita d'un uomo (b). Il diritto romano suppone adunque che la vita umana non vada di là dai cento anni; ora qual v'ha dubbio d' applicare la medesima presunzione al caso nostro?

3) Quando due individui si son trovati in un pericolo di vita, ed insieme son morti come in una guerra, in un naufragio, ec., può essere di pratica importanza il sapere qual de' due sia morto il primo. È regola generale che quando si possa, debbasi provare la priorità della morte, o, se non puossi, evvi la presunzione che amendue siano periti nel medesimo momento (c). Se mai de' due l' uno provenisse dall' altro, si presume che se il discendente era pubere, sopravvisse al padre, se impubere morì prima (d), eccetto pel diritto di patronato; giacchè, morendo il liberto col figlio in un comune pericolo, si suppone che siano morti nel medesimo momento, di modo che l'eredità è devoluta *ab intestato* al patrono (e); e pel fidecommesso in cui si ha la medesima presunzione della morte, cioè simultanea, dell'ascendente e del discendente (f).

ANNOTAZIONE

La presunzione della premorienza dell' impubere all'ascendente si restringe al caso determinato dalla legge; per la qualcosa non possiamo qui ammettere l'opinione del *Mühlenbruch* (g), il quale vorrebbe estenderla di là dai termini, in cui è stata posta da Trifonino, e supporre in ogni caso, anche quando non si tratta di ascendenti e discendenti, la priorità della morte dell'impubere. Egli argomenta massimamente che i Romani statuissero una tale presunzione da ciò probabilmente, che per esperienza sapevano che de'nati la maggior parte moriva nella impubertà. Lasciamo stare che ogni presunzione, essendo un *ius singulare*, non è dato estenderla ad altri casi, ma la ragione del *Mühlenbruch* è perfettamente da rifiutare; imperciocchè ben vi poteva essere una esperienza simile, ed anzi benissimo potevasi tenere un tal principio ogni qualvolta si trattasse di decidere della morte dell'impubere o del pubere; ma non in questo caso, che la morte è certa per entrambi, incerto poi qual de'due sia morto prima. V. *Savigny*, v. II. §. 63. *Puchta*, §. 115. *Böcking*, I. §. 31. *Mackeldey*, §. 141. *Thibaut*, §. 122. *Vangerow*, §. 33.

(b) L. 56. de usuf. (7. 1.) *Gaius*..... Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.

(c) L. 18. pr. de reb. dub. (34. 5.) *Marcian* .... si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

(d) L. 9. §. 4. eod. *Tryph.* Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quodsi impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

(e) L. 9. §. 2. de reb. dub. (34. 5.) *Tryphon.* Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur, supervixisse patri filius, hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.

(f) L. 17. §. 7. ad SC. Trebell. (36. 1.) *Ulp.*... Sed si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit, an conditio defecerit, videamus. Et magis non defecisse arbitror, quia non est verum, filium eius supervixisse. Aut igitur filius supervixit patri, et extinxit conditionem fideicommissi, aut non supervixit, et extitit conditio, quum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.

(g) *Mühlenbruch*, nell'archivio civile, v. IV §. 391.

§. 16.

Della capacità o dello STATUS, e delle diminuzioni nel capo.

T. D. de capite minutis (4. 5.). T. Inst. de capitis deminutione (1. 16.).

I. Il principio giuridico, che assicura la personalità dell'uomo, è chiamato dai Romani stato (*status hominis*); o vogliam dire il posto che una persona tiene nella vita romana, ed è la condizione (*conditio hominis*), mercè cui e secondo cui il diritto riconosce e garantisce la sua giuridica capacità. Ma come questa può esser considerata più o meno perfetta, i Romani riguardano tre stati per assegnare all'uomo il suo posto, e determinare il grado della sua idoneità; essi sono la libertà (*status libertatis*), la cittadinanza (*status civitatis*), e la famiglia (*status familiae*).

1) La libertà è la prima condizione della esistenza giuridica dell'uomo, ed in tanto è condizione, in quanto che essa non accompagna sempre l'uomo nella civiltà romana, in cui oltre allo stato di libertà, vien riconosciuto l'altro della schiavitù.

L'intero concetto della proprietà è applicabile a quest'ultimo stato; lo schiavo in effetto sia che nascesse tale o addivenisse, non era subbietto, bensì obbietto di diritto, sottoposto alla privata volontà del suo padrone, non altramente che qualunque altra cosa; nè col cessare l'autorità del padrone, acquistava la libertà; di fatti, derelitto, veniva considerato come una *res nullius*, ed era quindi del primo occupante (a). Questa perfetta mancanza di capacità non si ristringeva al diritto civile, ma estendevasi ancora al diritto delle genti (b); onde a ragione fu la schiavitù appellata da' Romani un istituto del diritto delle genti (c). Da ciò seguirebbe, che lo schiavo non solo non era idoneo a fare un atto di diritto civile, ma non v'era in lui neppure la possibilità che potesse imprendere atti di qualunque natura si fossero.

(a) L. 38. §. 1. de nox. act. (9. 4.)—L. 8. pro derelicto (41. 7.)—L. 36. pr. de stip. serv. (45. 3.). *Iavol.* Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti, quia, qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se reiecit, nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluit; quodsi ab alio apprehensus est, stipulatione ei acquirere poterit, nam et haec genere quodam donatio est.

Al contrario lo schiavo non cessava di esser considerato dai Romani qual essere intelligente, sicchè gli si assegnava un posto tra gli obbietti di diritto distinto dagli obbietti materiali e dagli animali: egli in alcuni casi era un essere mezzano tra le cose e le persone, ossia veniva riconosciuta in lui una certa ombra di capacità (1). Oltre a ciò era fermo principio, che la schiavitù era uno stato anormale dell'uomo, che poteva aver termine in determinati casi, e per effetto di certi atti giuridici; di qui la teoria della manomissione, per mezzo della quale lo schiavo addiveniva libero e prendeva il nome di *liberto* in opposizione all'*ingenuo*, ch'è l'uomo nato libero (d). La capacità di diritto era la stessa tanto nel liberto, quanto nell'ingenuo: ambi, se cittadini romani, avevano il *commercium*, ed il *connubium*, che vale facoltà di acquistare la proprietà per diritto civile, e conchiudere validamente un civile matrimonio; benchè in quest'ultimo rapporto i libertini avessero una limitazione di più, non potendo essi contrarre matrimonio con membri di famiglia senatoria (e). In riguardo al diritto publico i libertini, non essendo cittadini *optimo iure*, eran privi del *ius honorum*, ed, in quanto al *ius suffragii* ne' tributi comizii, erano posposti agl'ingenui (2).

Eccettuar si debbe da un tale peggioramento di condizione l'ingenuo caduto in prigionia del nemico; perocchè, se egli tornava *animo revertendi*, non era considerato come uno schiavo ritornato a libertà, come liberto, ma *ipso facto* acquistava la piena ingenuità in virtù di quel diritto appellato da'Romani *ius postliminii*.

2) La seconda condizione per l'esistenza giuridica è la *civitas* (*status civitatis*), la quale nasce dal carattere supremamente individuale ed esclusivo del popolo romano; la sua civiltà era rinchiusa in un campo così ristretto, che i cittadini dello Stato romano si consideravano come membri

---

(b) L. 20. §. 7. qui test. fac. poss. (28. 1.). *Ulp.* Servus quoque merito ad solemnia adhiberi non potest, quum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti. — L. 32. de R. I. (50. 17.).

(c) L. 1. §. 1. de his qui sui (1. 6.). *Gaius.* Igitur in potestate sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, domini in servos vitae, necisque potestatem fuisse; et quodcunque per servum acquiritur, id domino acquiritur. — L. 64. de condict. indeb. (12. 6.) — Conf. L. 4. de I. et I. (1. 1.).

(d) V. appendice III. alla fine del capitolo.

(e) *Ulp.* fragm. XIII. I. — L. 44. pr. de rit. nupt. (23. 2.).

di una comunanza distinta affatto dagli altri popoli, e chiusa a qualunque straniero; e non fa meraviglia che questi era appellato *hostis*, e come tale trattato (f).

Poscia, quando i dettami del diritto delle genti cominciarono a penetrare in quel campo ristretto, ed estendere la romana attività, e temperossi così l' antico egoismo, fu creduto che i non cittadini fossero capaci di diritti, ma di quel diritto che fu appellato *ius gentium:* allora fu messa la distinzione tra *cives* e *peregrini*.

La importanza giuridica di tale distinzione è, che il cittadino è personalità romana, e come tale è subbietto del diritto civile, il peregrino non ha capacità, se non di diritto delle genti, e questa sola ha per tutte le relazioni giuridiche; così che il suo matrimonio era vero, ma non giusto; la sua proprietà fu riconosciuta e garantita, ma come proprietà naturale. D'altra parte il lato negativo della peregrinità si comprende in queste parole: i peregrini non hanno nè il *ius commercii*, nè il *ius connubii*, o con altre parole, essi non ponno nè acquistare civilmente la proprietà, nè contrarre validamente un matrimonio civile (3); e rispetto al diritto publico, essi mancano perfettamente del *ius suffragii*, e del *ius honorum*.

Tra i non cittadini eranvi alcuni d' un' altra condizione, e quindi d' una capacità quasi partecipando di quella del cittadino e del peregrino; questi erano i *Latini*, i quali avevano il *ius commercii*, ma non il *ius connubii* in diritto privato, mentre in diritto publico, non avendo il *ius suffragii* e molto meno il *ius honorum* (g), erano a' peregrini perfettamente equiparati.

Come il diritto delle genti fu il primo e vero fondamento di questa divisione, così, appena i dettati di questo diritto furono ammessi anche al diritto civile, l'individualismo del popolo romano, improntato nella rigorosità del *ius civile*, incominciò a perdere la sua efficacia; e, quando il diritto più equo ed universale preponderò all'altro, il severo racchiudersi di Roma non ebbe più sua ragion di essere. Questa distinzione adunque prese a dileguarsi sotto l' Impero, il quale non sorgeva dal concetto del popolo o meglio del municipio, ma da quello del comando romano fin dove si spaziava; di guisa che Caracalla in parte, quindi Giustiniano totalmente, estesero la cittadinanza a tutto l'impero, e da quel tempo, come il cittadino non si distingue dal peregrino, così il *ius gentium* non è distinto dal diritto civile.

(f) *Cicer.* de off. I. c. 12. Hostis apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII tabulae, ut: status dies cum hoste; itemque: adversus hostem aeterna auctoritas.

(g) V. appendice III. alla fine del capitolo.

3) Il terzo stato, o la terza condizione per la esistenza giuridica è la famiglia (*status familiae*). Dai differenti significati della parola *familia* si deduce, ch' essa dee considerarsi in diritto romano come un tutto, o l' insieme di ciò che può essere sottoposto all' autorità di una determinata persona: così appellasi *familia* tutto il patrimonio (*pecunia familiaque*), gli schiavi, e nel più stretto significato le persone le quali son soggette all' autorità di un padre, *princeps familiae*, o che, largamente considerata, vi sarebbero soggette se non fosse morto il comune genitore; in quest' ultima accettazione *familia* denota il complesso degli agnati, esclusi cioè coloro che avevano il semplice legame di sangue. Da ciò si comprende benissimo che alla esistenza della famiglia, avendo questa la ragion di essere soltanto nel potere di colui, a cui sono o possono essere sottoposte altre persone, non è necessaria strettamente la pluralità degl' individui, ma è sufficiente che alcuno avesse l' autorità di sè stesso e non fosse sommesso all' altrui potestà; di qui la massima *emancipatus familiam habet* (h).

Lo stato di famiglia si fonda principalmente su quello della cittadinanza, per ciò che ogni cittadino romano è capace di appartenere ad una comunione di agnati, e per conseguenza ha questo stato colui il quale appartiene come membro ad una determinata famiglia; di qui nasce che, considerato lo stato di famiglia in sè, non si perde come quello di libertà e di cittadinanza, ma si può solo cambiare.

I membri componenti la famiglia strettamente considerata chiamavansi *paterfamilias, filius vel filiafamilias, uxor cum conventione in manum mariti*, e ciascuno di essi avea un grado di capacità distinto nell' ordine giuridico; e per vero dal concetto della famiglia, che è quello della potestà, nasceva, che quando una persona era indipendente di tale potere, anzi in lei questo potere risedeva, era *paterfamilias*; quando per contra una persona era all'altrui potestà sottoposta, prendeva nome di *filiusfamilias* o *uxor cum conventione in manum mariti*; di modo che dallo stato di famiglia s' eleva la romana teorica dell' *homo sui vel alieni iuris*, tanto feconda d' effetti giuridici. Il padre di famiglia era la perfetta persona o l' individuo che avea tutta intera la capacità; mentre all' opposto il figlio soggetto alla potestà del padre era incapace di aver proprietà, capace sì d'acquistare, ma non idoneo d' acquistare per sè; del pari, non potendo egli esercitare sugli altri quella autorità che sopra sè non aveva, non gli era data potestà nè meno sopra la propria moglie e i figliuoli; ma queste persone tutte come lui erano sommesse alla potestà del padre suo (1). Questo stato durava finchè durava la famiglia, e finchè i sottoposti a quel rigido potere non cessassero di parteciparvi; dal momento adunque che uno di questi membri cominciava ad esistere da sè come un tutto, e avere quindi una propria famiglia, da quel momento riceveva la perfetta capacità, diventava idoneo ad acquistare per sè, ed aveva un proprio patrimonio. Queste limitazioni eran perfette conseguenze della negazione del diritto di proprietà, e perciò dobbiamo nei figli di famiglia quelle capacità riconoscere, che non fanno punto capo nel diritto suddetto. Ed in vero nel publico diritto egli era capace non differentemente da suo padre, e nello stesso diritto privato, purchè non si tratti del diritto di proprietà, il figlio era capace come lo stesso padre di famiglia: egli era cittadino romano, quindi aveva il *connubium*, la capacità cioè di contrarre un matrimonio civile; aveva il *commercium*, e se non poteva acquistare per sè, nè quindi disporre, era capace almeno di fare da testimone in una mancipazione, ed in un testamento. Come abbiamo parlato del figlio di famiglia, parliamo ancora dell'*uxor*, la quale, essendo negli antichi tempi considerata *filiae loco*, era pareggiata al figlio con alcune modificazioni nascenti dalla condizione di donna.

(h) L. 195. de V. S. (50. 16) — *Marezoll*, manuale delle Ist. §. 78. Lipsia 1837.

Questo stato di cose sotto l' Impero ebbe una profonda modificazione; poichè l' istituto del peculio, essendo stato allargato oltre la cerchia ristretta, nella quale fu circoscritto dal diritto antico (peculio profettizio), operò un perfetto cangiamento nella condizione del figlio di famiglia; questi fu creduto in effetto capace di avere certi beni proprii (peculio castrense, e quasi castrense), e, applicandosi sempre più questo concetto positivo in rapporto alla proprietà, si stabilì finalmente la massima contraria, essere il figlio di famiglia idoneo ad acquistare per sè. Questo è il senso degli ultimi due peculii (peculio avventizio regolare ed irregolare). Non sono rimasti che alcuni diritti del padre di famiglia sopra i beni avventizii del figliuolo, e rispetto a questi la limitazione del solo *ius disponendi*. Come l' istituto del peculio produsse questa mutazione al figlio di famiglia, così quello della dote cambiò la condizione della donna, la quale non fu più sommessa all' autorità, ma bensì al solo consiglio del marito (4).

II. Alla dottrina dello stato si rappicca l' altra della *capitis deminutio*, o *status mutatio*, come quella che tratta della perdita di uno de' tre stati o condizioni dell' esistenza giuridica. Queste due espressioni de' Romani riguardano due lati della medesima teorica, secondo che essa si rapporta o al soggetto o all'effetto; e così *caput* che ha tutto il suo valore storico nelle tavole del censo, nelle quali dovea essere scritto un cittadino romano (i), dinota il soggetto, e *deminutio* la perdita che soffriva;

(i) *Savigny*, sist. V. II. app. VI. — *Niebuhr.*, stor. rom. V. II. p. 460.

status mutatio, supponendo ogni mutazione la perdita dello stato primiero, è la perdita stessa di una di quelle condizioni, onde si hanno in diritto romano tre specie di *capitis deminutiones* secondo le tre specie dello *status*, e specialmente la *capitis deminutio maxima, media* e *minima* (j).

1) La prima consisteva nella perdita della libertà, e l'uomo, da libero diventando schiavo, veniva considerato morto civilmente da quando entrava nella schiavitù; si comprende facilmente che la perdita di questo stato portava con sè quella degli altri, perdendosi nel medesimo tempo e la cittadinanza e la famiglia; donde la espressione *maxima*. Questo avveniva per varii motivi :

a) Per la prigionia; il prigione di guerra era diminuito di capo da quando cadeva in potere del nemico; ma se egli ritornava volontariamente, acquistava *ipso facto* tutti i suoi diritti come se non fosse mai stato prigione (k); eccettuati però i casi: se era stato consegnato al nemico in espiazione di un delitto; in tempo di tregua, e quando si rinunciava allo scambio de' prigionieri; ed in fine eccettuato era parimente il disertore, il quale, ritornando, non riprendeva più lo stato primiero (l).

b) Per mezzo della rivocazione di un liberto sotto la schiavitù (m).

c) Per vendita da parte di persona che ne aveva il diritto, il che facevasi dallo Stato su quel cittadino che non si lasciava censuare per sfuggire alle imposte, e che si sottraeva al servizio militare (n).

d) Per condanna a morte, o in *opus metalli*, ed in questo caso gli schiavi eran detti *servi poenae*; ma Giustiniano l'abolì in favore del matrimonio (o).

2) La *capitis deminutio media* era la perdita della cittadinanza, e con essa della famiglia civile, rimanendo salvo lo stato di libertà; e fu detta *media*, perchè stava in mezzo alle due perdite, ritenendosi la libertà, e perdendosi la famiglia. La cittadinanza si perdeva :

(j) L. 11. de cap. minut. (4. 5.). *Paul.* Capitis deminutiones tria genera sunt: maxima, media, minima, tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem, quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

(k) L. 19. de capt. et postl. et red. (49. 15).

(l) L. 30. 19. §. 1. 4. 8. L. 17. de capt. et postlimini. (49. 15).

(m) L. 5. pr. de iur. patr. (37. 14). *Marc.* Divus Claudius libertum, qui probatus fuerit patrono delatores submisisse, qui de statu eius facerent ei quaestionem, servum patroni iussit eum libertum.

(n) L. 4. § 10. de re milit. (49. 16).

(o) N. 22. c. 8.

a) quando un cittadino romano acquistava un diritto di cittadinanza incompatibile col romano, come di una città peregrina o di una colonia latina (p);

b) per la condanna *aquae et ignis interdictio,* o secondo l' ultimo diritto per deportazione (q).

3) Finalmente la *capitis deminutio minima* consisteva nella perdita del legame di una famiglia civile, mentre si riteneva la libertà e la cittadinanza. Quest' ultima specie della deminuzione del capo differiva molto dalle due prime, perciò che mentre si perdevano le relazioni di una famiglia civile, nel medesimo tempo si acquistavano quelle di un' altra pel principio già stabilito, che, posta la cittadinanza, dobbiamo ammettere necessariamente la famiglia (5).

Si soffriva questa *capitis deminutio* tutte le volte che si mutava la famiglia, e particolarmente :

a) quando un *homo sui iuris* addiveniva *alieni iuris*; e segnatamente per l' arrogazione (r), pel matrimonio della donna con la convenzione in *manum,* dato per altro che ella non fosse sotto la patria potestà prima del matrimonio; per la rivocazione sotto la patria potestà *propter ingratitudinem*, e finalmente secondo il nuovo diritto per legittimazione;

b) quando un *homo alieni iuris* addiveniva *sui iuris* ; come per emancipazione, perocchè l' emancipato perdeva i legami della sua famiglia, ed un' altra ne formava con novelli rapporti giuridici;

c) quando un *homo alieni iuris* passava in un' altra famiglia nella stessa qualità; come succedeva per mezzo dell' adozione, la quale importava che il figlio di famiglia usciva dalla potestà del padre naturale ed entrava sotto quella del padre civile, o con altre parole perdeva i diritti di agnazione della famiglia naturale ed acquistava quelli della famiglia civile: similmente eravi questa perdita per la donna, che dalla *potestas* del padre passava alla *manus* del marito. Nel medesimo modo erano diminuiti del capo i figli dell' arrogato, dell'adottato, del legittimato, e del rivocato sotto la patria potestà per ingratitudine (6).

(p) *Cic.* pro Caec. 33. 33. de Orat. 140.

(q) *Gai*, Inst. I. 161. L. 2. §. 1. de poenis (48. 19).

ANNOTAZIONI

(1) Chi addentro considera il progresso della romana civiltà ed i rapporti ne'quali lo schiavo per la sua condizione trovavasi, non può non sorgere in lui una certa capacità giuridica, la quale certamente è una eccezione ai principii più rigorosi del diritto antico.

Modificazioni alla sorte degli schiavi si appalesarono nel diritto penale massime sotto gl'imperatori, i quali emanarono una serie di disposizioni, che vennero a modificare grandemente il diritto antico riguardante lo schiavo nella proprietà del padrone, e però sotto la illimitata potestà di lui. Non credo inutile rammentare a questo proposito la legge Petronia, la quale sottrasse all'arbitrio dei padroni l'uso crudele di mettere gli schiavi in lotta cogli animali; così pure Pio e Adriano punirono chi bestialmente incrudeliva contra gli schiavi, e quest'ultimo negò a'padroni il diritto di vita e di morte, che fu rimesso al potere giudiziario non altrimenti che per le persone; similmente v'è l'altra disposizione molto più importante, che colui il quale ingiustamente uccideva uno schiavo dovea esser sottoposto alla legge Cornelia *de sicariis* (s).

Il sentimento naturale di umanità che rifiuta grandemente di mettere l'uomo tra gli obbietti di diritto, si manifesta e non debolmente nel sistema di diritto privato. E di vero in alcuni casi era riconosciuta ancora nello schiavo una certa esistenza giuridica: egli infatti acquistava, sebbene non acquistasse per sè; poteva essere istituito erede nel testamento, acquistando la eredità pel suo padrone. Il rilievo di una tale esistenza giuridica è manifesto molto più nel diritto di obbligazione, in cui in determinate circostanze lo schiavo appare dotato di propria idoneità e non come mediatore tra il padrone ed un terzo: così gli schiavi potevano obbligarsi non essendo per essi impossibile una obbligazione naturale, la quale aveva piena efficacia dopo la manomissione. Il che avveniva nel tenore seguente: lo schiavo non poteva acquistare una obbligazione attiva per sè, acquistando sempre pel suo padrone, ma, se questi volesse addivenire debitore del proprio schiavo, si fondava allora una obbligazione naturale. Similmente poteva esser debitore rispetto e al padrone e a qualunque terzo, e questa obbligazione era ancora naturale, e rimaneva tale anche dopo la manomissione; mentre dai delitti dello schiavo contro i terzi nascevano obbligazioni, che addivenivano civili dopo la manomissione (t). Di maggior importanza era il diritto dato allo schiavo dello Stato di una limitata *testamenti factio activa*, potendo egli disporre per testamento di una metà de'suoi acquisti; di maniera che secondo questa disposizione non si credeva impossibile neppure il fatto che lo schiavo potesse per proprio conto acquistare (u).

(s) L. 2. de his qui sui. *Gai*, Inst. I. §. 53. (1. 6).

(t) L. 14 de obl. et act. (44. 7). *Ulp.* Servi ex delictis quidem obligantur; et si manu mittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. — L. 13 pr. de cond. ind. (12. 6). *Paul.* Naturaliter etiam servus obligatur, et ideo si quis nomine eius solvat, vel ipsus manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit; et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus qui peculii administrationem habet, rem pignori in id, quod debeat, dederit, utilis pignoraticia reddenda est. — L. 7. §. 18 de pactis (2. 14). — L. 64. de cond. ind. (12. 6). — L. 1. §. 18. depos. (16. 3). — L. 19. §. 4. de don. (39. 5). — *Savigny*, Sistema II. §. 65. ap. IV. — *Puchta*, corso d'Istit. V. II. §. 210.

(2) La manomissione rendeva lo schiavo alla naturale libertà, ma non lo faceva perfettamente indipendente dal suo padrone, originandosi da quest' atto un diritto del manomettente sul manomesso in analogia ai diritti di famiglia, appellato diritto di patronato. Questo diritto consisteva massimamente nell'*obsequium*, a cui era tenuto il liberto verso il suo patrono con tutti gli effetti giuridici che dall'ossequio dipendevano: p. e. non era lecito al primo di allegare contro l' altro l' eccezione di dolo, nè chiamarlo in giudizio senza la preventiva licenza del Pretore; il patrono aveva il diritto di pretendere gli alimenti dal suo liberto, e, nel caso che venisse condannato in giudizio, godeva il *beneficium competentiae*. Il più importante diritto che si originava dal patronato era senza dubbio il diritto ereditario del patrono, se il liberto venisse a morire senza discendenti legittimi; anzi esso si estendeva anche oltre; imperocchè quando il liberto non lasciasse che figli adottivi, il patrono aveva una *bonorum possessio contra suos non naturales* per la metà dell' asse ereditario (v).

(3) La capacità del peregrino era messa unicamente sul fondamento della *naturalis ratio*, e quindi tutte le attenenze giuridiche di lui venivano naturali appellate; il che faceva vero contrapposto alla ragion civile: così parlavasi di acquisto civile e naturale, di civile e naturale parentela, di effetti di stretto diritto e di equità; e mentre il diritto delle genti si spaziava in tutto lo svolgimento della umana personalità, il civile si racchiudeva nei due termini del *ius commercii*, e del *ius connubii*. Questo contrapposto, che precipuamente si manifestava nel diritto di famiglia, ed in quello di proprietà, due relazioni sommamente civili, che si comprendevano nei due precitati *iura*, si temperava alquanto nel diritto di obbligazione. E ciò per doppia ragione: primieramente perchè i rapporti d'obbligazione nascendo massimamente dalla dichiarazione di volontà, e dal mutuo consenso, meno si opponevano alle massime universali del diritto delle genti; secondamente perchè fin dai primi tempi fu sentito il bisogno di conciliare in certo modo i due sistemi, per regolare quei rapporti che il commercio necessariamente creava tra i Romani, e le vicine popolazioni. Per la qual cosa mentre, stando a' principii fondamentali di diritto, ne'legami obbligatorii la capacità del peregrino dovea limitarsi solamente alla obbligazione naturale, avveniva per contrario che i rapporti di obbligazione tra peregrini davano ancora fondamento ad azioni civili. Pur nondimeno non si credette derogare ai principii rigorosi di diritto; giacchè per giustificare una obbligazione civile in quella qualità di persone si fece uso di un ripiego, fingendosi in esse per questo caso la qualità di cittadino, e le loro azioni ebbero però il nome di *actiones fictitiae* (x).

(4) Alla *patria potestas* ed alla *manus* si aggiunge comunemente anche il *mancipium* come uno stato od una condizione di famiglia, il che sarebbe vero, quante volte si estendesse il significato della parola famiglia di là del concetto di agnazione, come p. e. al complesso degli schiavi in proprietà del loro padrone. Il mancipio,

---

(u) *Ulp.* XX. 16. Servus publicus populi romani pro parte dimidia testamenti faciendi habet ius.

(v) *Gai.* Inst. III. 41. V. più innanzi della patria potestà. Lib. I. c. 2. Lib. IV. c. 1. della bon. poss.

(x) *Gai.* Inst. IV. 37.

vale a dire quella potestà che si acquistava sopra una terza persona comprata per *mancipationem*, produceva l'effetto che questa era considerata *servi loco;* è però chiaro che un tal rapporto fu creato molto più in analogia della relazione tra padrone e servo (*dominica potestas*), che di quella tra padre e figlio (*patria potestas*), onde non sarebbe uno *status familiae* (y). Ciò non ostante incorrerebbe in errore chi un tale individuo volesse mettere nel medesimo grado degli schiavi: al contrario vi è tale differenza tra queste due condizioni della esistenza giuridica di una persona, che, considerandole accuratamente, non si tarderà a riconoscere, che il mancipio era uno stato intermedio tra quello della schiavitù e quello di famiglia. La differenza più rilevante è che la schiavitù era uno stato di per sè concepibile anche senza un determinato padrone, senza che dipendesse cioè da un *paterfamilias;* mentrechè il mancipio stava appunto nella dipendenza da un determinato capo di famiglia, nè era concepibile senza di questo. Gli effetti del *mancipium* parte s'assomigliavano a quelli che derivavano dalla schiavitù, parte ne differenziavano moltissimo; pareggiato allo schiavo nel diritto publico era il *caput in mancipio*, del tutto inidoneo non solo ad occupare una publica carica (*ius honorum*), ma ancora a dare il voto nelle assemblee popolari (*ius suffragii*); questi diritti nondimeno erano in lui considerati solamente come sospesi, per lo che dopo la manomissione erano riacquistati *ipso facto*. Riguardo al diritto privato e particolarmente al diritto di proprietà eravi pel mancipato una perfetta incapacità, non potendo egli neppure servire da testimone in una mancipazione od in un testamento; e da questo lato gli effetti di una tale condizione erano i medesimi che quelli dello stato di schiavitù, mancando interamente il *ius commercii*. Tutt'altro era poi quando si riguardavano i rapporti di famiglia; imperocchè il mancipato poteva benissimo contrarre un matrimonio civile, continuando in questo stato, il suo matrimonio rimaneva giusto, ed i figliuoli concepiti in queste nozze erano sommessi alla patria potestà dell'avo o dello stesso mancipato dopo la manomissione.

(5) La teorica dello stato e la corrispondente della *càpitis deminutio*, riconosciuta dagli antichi e moderni scrittori nel modo suddetto, è stata in questi ultimi tempi trattata da *Carlo de Savigny* da un novello punto di vista così da riuscir quasi ad opposti risultati. La profondità della dottrina, il lusso di erudizione e la seduttrice genialità della esposizione ci obbligano ad esaminare accuratamente la novella teorica del sommo giurista.

Dopo un profondo ed erudito esame sul concetto dello *Stato* giunge il nostro giurista al seguente risultato: per *Stato* nel proprio significato intendono i Romani il posto che ciascuna persona occupa nella sfera sociale rincontro agli altri. Ora vivendo l'individuo in un doppio rapporto cioè publico e privato, devesi distinguere un doppio stato a quei rapporti corrispondente. Nel primo è da annoverare innanzi tutto la libertà e la cittadinanza come condizione fondamentale de' diritti publici, così ancora ogni publico ufficio come di magistrato, di senatore, di cavaliere, ecc. Se non che avendo i giuristi romani parlato di questo stato in interesse della loro scienza, vale a dire del diritto privato, vollero intendere con la parola *status* quella condizione nel diritto publico che ha una grande influenza sul diritto privato; questo è il caso della libertà e della cittadinanza che sono requisiti essenziali alla giuridica idoneità: mentre non è così delle altre condizioni sociali di carattere publico

(y) *Gai.* Inst. I. 123. III. 114.

come la magistratura, il senatorato, ecc. Nello stato privato al contrario bisogna annoverare ogni rapporto di una persona considerata come tale o le relazioni di famiglia; o altrimenti *Stato* denota sotto questo aspetto la condizione dell'uomo nelle relazioni di famiglia (z). Questi tre *Stati* hanno efficacia sulla idoneità di diritto, i primi due rispetto al diritto publico, ma con influenza sul privato, l'ultimo non solo per influenza ma per sua intrinseca natura.

A questi tre stati si riferisce la teoria della *capitis deminutio*, la quale si caratterizza con questa frase: *la degradazione di un individuo nella sua idoneità di diritto*. Se tale degradazione era nella libertà, si soffriva la massima diminuzione di capo; se nella cittadinanza, e specialmente quando da un grado superiore si cadeva in un inferiore, si soffriva la media; quindi così era diminuito un latino, quando addiveniva peregrino; e finalmente la minima quando si era degradato nello *status hominis* ossia ne'rapporti di famiglia, e particolarmente in due casi:

1.° Quando un *homo sui iuris* era messo sotto la patria potestà o *in manum mariti*.

2.° Quando un figlio di famiglia o una donna *cum conventione in manum* veniva in un mancipio; per mezzo del quale fatto è ancora giustificata la *capitis deminutio minima* per l'emancipato e l'adottato (aa).

Per quanto sia dotto questo tentativo del *Savigny* a voler porre in nuova vista la teoria della *capitis deminutio*, pure crediamo miglior consiglio attenerci alla comune opinione come più vera e meglio confacente allo spirito non solo, ma alla lettera de' nostri fonti.

Non vogliamo contraddire all' opinione del grande giurista sul concetto dello *stato*, se non che accettiamo la parola *familia* solamente nel significato che i fonti attribuiscono a questo termine (bb), ossia quel complesso di persone che son sottoposte ad una comune potestà, o che vi sarebbero se non fosse morto il comune genitore; di talchè questa parola, abbracciando l'insieme degli agnati, ci dà un concetto generale di una idoneità giuridica in rapporto al diritto privato. Per la qual cosa giustamente osserva il *Puchta* (cc) essersi falsato il concetto dello *status* in questi ultimi tempi, giacchè si è voluto giudicare dello *status familiae* antico dal diritto posteriore.

Quanto alle due prime specie di *capitis deminutiones*, la comune dottrina si trova nei suoi tratti caratteristici di accordo con quella del *Savigny*, eccetto che il dotto giurista ammette una *capitis deminutio media* nel caso che un Latino addivenga peregrino; principio che non ha riscontro ne' fonti.

In ciò che riguarda poi l'ultima specie della *capitis deminutio* egli si discosta molto dalla comune dottrina, per lo che è d'uopo fare le seguenti considerazioni:

1) Prima di tutto è da osservare che ci pare alquanto esagerata la nota di degradazione o peggioramento nell' attività individuale; i Romani a questo proposito si esprimono con le parole *capitis deminutio, seu status mutatio*; sicchè l'aggiunzione, ch'egli fa *in deterius*, è affatto arbitraria. Che quella sia la sola qualificazione data alla *capitis deminutio* de'giuristi romani, si può osservare in un buon numero

---

(z) *Savigny*, app. VII. N. VI.

(aa) *Savigny*, l. c. N. XII.

(bb) L. 195. §. 2. de verb. sign. (50. 16).

(cc) *Puchta*, Corso d' istituzioni V. II, §. 218. nota.

di testi (dd). A ciò il *Savigny* oppone il seguente ragionamento: egli è fuori di dubbio che la *capitis deminutio maxima* e la *media* si caratterizzano per un mutamento in condizione peggiore: ora, se la *minima* non è che parte di questa teoria, si deve in essa logicamente trovare il medesimo carattere: a ciò corrisponde perfettamente la sua dottrina, mentre l' altra disconosce il legame logico delle diverse specie della *capitis deminutio*. Per quanto ingegnoso sia un tale argomento, non ci sembra soddisfacente; imperocchè non è punto vero che i seguaci della comune teoria disconoscano un tale legame logico; ma piuttosto essi lo trovano nel concetto che nasce dalle parole *status mutatio*. Imperocchè ogni cambiamento suppone una perdita, e questo è il carattere generale che informa le tre *capitis deminutiones*. E di vero, anche secondo il nostro modo di vedere, ogni caso della *capitis deminutio minima*, ha in sè una diminuzione nella idoneità di diritto, stantechè, con l'uscir fuori di una determinata agnazione, si perdono tutti quei diritti che a quella vanno congiunti. Vero è che, in luogo della famiglia perduta, l' uomo ne acquista un' altra, che gli offre forse un vantaggio, una migliore condizione; ma resta sempre provato che nel concetto della *capitis deminutio minima* sta la perdita de' diritti di agnazione e per conseguenza una limitazione nella idoneità di diritto. La degradazione adunque può in molti casi essere ben conseguenza di una di queste perdite, ma essa non è mai il principio, nè il carattere delle diminuzioni di capo.

2) Una grande importanza attribuisce il *Savigny* al vocabolo *caput* per sostenere la sua opinione. Con l'autorità del *Niebuhr* afferma, che *caput* denoti la rubrica che ciascun Romano nelle liste censorie avea, con tutto ciò che ai suoi rapporti personali apparteneva. Quando, egli dice, avviene un cambiamento in queste liste, perchè l' individuo entra in un ordine inferiore di diritto (*individuum deterioris iuris*), si ha una *deminutio capitis*; questo è quando un cittadino romano, perdendo la libertà o la cittadinanza, era interamente cassato, come pure quando un padre di famiglia era arrogato, dovendo entrare come figlio in un' altra famiglia. Senza dubbio la idea fissa del dotto giurista berlinese è la degradazione, il mutamento in peggio nella attività giuridica, ed ogni argomento tiene di questa sua preoccupazione.

Noi abbiamo accettato in tutto la opinione del *Niebuhr*, e teniamo altra non poter essere la significazione storica della parola *caput;* ma pure non crediamo che si possa di tanto avvalorare l' opinione del *Savigny* da abbattere del tutto la nostra. Imperciocchè nel modo stesso che un *paterfamilias*, o una donna *sui iuris* per l'arrogazione, o pel matrimonio *cum conventione in manum mariti*, era cassato dal proprio *caput* ed iscritto per converso in quello del padre arrogatore o del marito; nel modo stesso l'emancipato, per mezzo dell'emancipazione, si cancellava dalla lista censoria e propriamente dal *caput* del padre, e veniva iscritto in un proprio (ee); nè altrimenti era per quei figli di famiglia, che anche come tali, passando in un' altra, eran cancellati da un *caput*, ed iscritti nel tempo stesso in quello della famiglia

(dd) *Gai.* Inst. I. 159.—*Ulp.* XI. 13. — *Paul. I. 7.* §. 2., III. 6. §. 29. Pr. § 3. I. h. t. Minima capitis deminutio est, quam et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his; qui, quum sui iuris fuerunt, coeperunt alieno iure subiecti esse, *vel contra.*—L. t. h. t. L. 2. de in integrum restit. (4. 1).—L. 9. §. 4 de minor. (4. 4).— L. 28. C. de liber. caus. (7. 16).

(ee) Anche da *Savigny* è ammessa la minima diminuzion di capo per l'emancipato, ma in un senso differente dal nostro. V. più in là numero 4.

in cui entravano, il che, come per gli altri, avveniva pure pe' figliuoli dell' arrogato; ed è credibile che un tal significato storico della parola *caput* non fosse ignorato da' giuristi romani; Paolo al proposito non si poteva esprimere più chiaramente: « Liberos, qui arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum » in aliena potestate sint, et quum familiam mutaverint » (ff).

3) La testimonianza delle leggi non potrebbe con maggior chiarezza certificare la nostra opinione, cioè che la *capitis deminutio minima* consiste nel cambiamento della famiglia romana, e quindi nella mutazione dell'ordine degli agnati. Innanzi tratto, oltre al passo testè citato, così Paolo dice: « quum et libertas et civitas reti- « netur, FAMILIA TANTUM MUTATUR, minimam esse capitis deminutionem constat. « — Tutelas etiam non amittit capitis minutio.... Sed legitimae tutelae ex duode- « cim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, « quia agnatis deferuntur, quia desinunt esse *familia mutati* (gg) ». A questi passi, che non potevano essere ignorati dal *Savigny*, egli oppone, ch'essi sieno un saggio non felice di Paolo di fondare razionalmente le tre specie della *cap. dem.*, e che non devesi attribuir loro una grande importanza, essendo altri frammenti che, allontanandosi dal concetto di Paolo, ci dànno il vero carattere della *cap. dem. min.*

I testi, che il *Savigny* vuol mettere innanzi, son due, e proprio in un luogo Ulpiano così dice: « Minima capitis deminutio est per quam, et civitate et libertate « salva, *status dumtaxat hominis mutatur* ». D' altra parte Giustiniano afferma a questo proposito: « Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retine- « tur, sed *status hominis commutatur* » (hh). Tra questi differenti passi il *Savigny* accetta senz'altro quello di Ulpiano e quello di Giustiniano, o di Gaio donde fu tratto il passo delle Istituzioni, confutando quelli di Paolo per triplice ragione: primamente pel significato storico della parola *deminutio*; secondamente per la totale mancanza di connessione logica tra le due prime e l' ultima deminuzione, e finalmente per l'espressione ambigua ed incerta. Secondo lui adunque la questione sta nello scegliere una opinione, rigettando quelle che non corrispondono in tutto e per tutto alla sua maniera di concepire, e ciò, senza dubbio, sarebbe giustificato quante volte si trattasse di eleggere una delle tante opinioni individuali. Non è così quando proprio quei frammenti di Paolo sono stati ammessi nella legislazione di Giustiniano, chè si deggiono considerare come leggi d'un medesimo codice, e però come il pensiero dello stesso legislatore. Che se vuolsi secondare il dotto alemanno in questa via, o dobbiamo ammettere per questo contraddizioni nelle leggi, o riguardare quali particolari opinioni tutti i frammenti de'giuristi romani accolti nelle Pandette: e qualora in un caso rifiutassimo un frammento di Paolo o d' altro giurista, sarà permesso altre volte non accettare qualunque altro non corrisponda alle nostre speciali concezioni. È poi davvero discordanza tra i passi di Ulpiano e Gaio e quelli di Paolo? Noi nol crediamo, la sola differenza è che in Paolo la teoria è espressa con termini più precisi, mentre in Ulpiano ed in Gaio non così precisamente, ma chiara abbastanza; anzi giusto per questo devono ritenersi i frammenti di Gaio ed Ulpiano nel medesimo senso di quelli di Paolo (ii).

(ff) L. 3. pr. h. t.

(gg) L. 11. 7. pr. h. t.

(hh) *Ulp.* fragm. XI. 13.; — §. 3. J. h. t.

(ii) Il passo delle istituzioni citato così conchiude:... quod accidit in his, qui, quum sui iuris fuerunt, coeperunt alieno iure subiecti esse, *vel contra*.

4) Messa da banda la precedente esposizione, anche le conseguenze, che dall'opinione del *Savigny* derivano, non ponno accordarsi colle leggi, nè con altri frammenti degli stessi Ulpiano e Gaio: ed in vero esaminando partitamente i casi della *capitis deminutio minima* si vede che:

a) Secondo il *Savigny* i figliuoli di un arrogato, i quali unitamente col padre entrano nella famiglia del padre arrogatore, non soffrono *cap. dem.*, perchè certamente non v'è in questo caso degradazione di sorta alcuna. Ora ciò contraddice al passo citato di Paolo, nè sonvi leggi di contraria dottrina.

b) Secondo il *Savigny* allora solamente era una donna per la convenzione *in manum* diminuita di capo, quando essa era prima *sui iuris*, non quando era prima sommessa alla patria potestà; però, secondo lui, la minima diminuzione di capo era, almeno in questo caso, conseguenza della qualità personale, dell'esser cioè *sui vel alieni iuris:* mentre in molte fonti, e specialmente in Gaio ed Ulpiano, essa è riguardata come conseguenza della *coemtio*, senza tener conto dello stato antecedente della persona (jj).

c) Da ultimo, secondo lo stesso *Savigny*, evvi minima diminuzione di capo per emancipazione e per *datio in adoptionem*, solamente perchè alla forma di questi atti era necessario che il figlio di famiglia fosse prima posto nel *mancipium*. Da questa opinione discende, che qualora per questi atti non più si richiedesse il *mancipium*, nè l'emancipazione, nè l'adozione dovrebbero arrecare la detta diminuzione. Ma al contrario essa trovasi per l'emancipato e l'adottato ancora nel sistema di Giustiniano, in cui, non essendo più richiesto il *mancipium* per quegli atti, la *cap. dem. min.*, secondo l'opinione del *Savigny*, non avrebbe spiegazione alcuna (kk).

(6) Quanto alle conseguenze della *cap. dem. min.* è d'uopo considerare le seguenti cose:

1) La conseguenza immediata è la perdita de' diritti agnatizii; ma questa conseguenza nella legislazione giustinianea non ha più quell'efficacia ch'avea nel diritto antico, essendochè quasi tutti i diritti di famiglia muovono dalla cognazione, la quale per questa diminuzione non s'altera punto (ll).

2) Essendo il diritto di patronato formato in analogia de' diritti di famiglia, e segnatamente dell'agnazione, si comprende di leggieri, che il patronato viene estinto dalla *cap. dem. min.*, indifferentemente se il patrono venga a soffrirla, o il liberto.

3) Uno spiccato cangiamento reca la *cap. dem. min.* alle relazioni obbligatorie del diminuito di capo, e specialmente:

a) Quanto alle obbligazioni evvi il principio generale ch'esso si estinguono per mezzo della *cap. dem. min.*, fuorchè quelle che nascono da un delitto (mm). In virtù di questa legge però non si estingue che l'azione contra il diminuito di capo, onde questi rimane obbligato naturalmente (nn); di più il creditore contro la estinzio-

---

(jj) *Gai.* Inst. I. 162. IV. 38. — Ulp. XI. 13.— Cic. Top. c. 4.

(kk) §. 3. Inst. h. t.—L. 3. § 1. L. 9. conf. con la L. 8. fin. h. t.—*Puchta*, corso d'Istituzioni V. II. §. 218. *Böcking*, Ist. §. 58.

(ll) *Gai.* Inst. I. §. 158. §. 6. Inst. h. t.

(mm) *Gai.* Inst. III. 84. IV. 38. — L. 2. §. 3. h. t. *Ulp.* Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit.

(nn) L. 2. §. 2. h. t. *Ulp.* Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter; ceterum si postea, imputare quis sibi debebit, ne dell'azione viene garantito col mezzo straordinario della *in integrum restitutio propter capitis deminutionem* (oo). Se il principio anzidetto e la *in integrum restitutio propter capitis deminutionem* abbiano ancora valore nella legislazione giustinianea, è controverso, e segnatamente il *Burchardi* lo nega recisamente. Egli opina che una simile restituzione, mercè l'editto pretorio, era non più necessaria al creditore dell'emancipato, lo stesso può dirsi per quello dell'adottato, e, in quanto agli obblighi dell'arrogato, la necessità della restituzione è stata totalmente negletta da Giustiniano (pp). Bisogna assolutamente decidersi contro questa opinione; imperciocchè nelle Pandette troviamo solamente, che colui, il quale è uscito dalla patria potestà, deve avere il così detto *beneficium competentiae* per gli obblighi contratti durante la soggezione di quella potestà; ma da ciò non segue, che quelle leggi abbiano implicitamente abolita la restituzione anzidetta; nè si nega che il creditore solamente per mezzo della restituzione in intiero possa aver diritto all'azione contro colui che uscì dalla patria potestà. Nulla di nuovo ha statuito Giustiniano nel passo citato delle Istituzioni; imperocchè ivi non si parla d'altro che della pretensione che potrebbe avere il creditore sui beni dell'emancipato, certamente dopo la restituzione nello stato primiero, senza cui è impossibile qualunque azione contro il diminuito di capo. Per la qualcosa le conseguenze sopradette della *capitis deminutio*, e la restituzione in intiero, che ne deriva, sono perfettamente ammesse nella legislazione giustinianea.

b) In quanto poi ai diritti di obbligazione, la *capitis deminutio minima* non muta nulla, e non si può parlare della estinzione di essi: perchè se la *capitis deminutio minima* avviene in un *homo sui iuris*, le azioni si trasmettono, salvo poche, al padre arrogatore, od al legittimante; se invece avviene in un *homo alieni iuris*, non potendo questi acquistare per sè, non si può neppure parlare della loro estinzione (qq). Le poche azioni civili, per eccezione date al figlio di famiglia, sono tali da non essere menomamente toccate dalla *cap. dem. min.*: quali sono quelle nascenti da obbligazioni, *quae naturalem praestationem habere intelliguntur*, quelle, cioè, che son dirette ad un naturale provvedimento, come legato di alimenti, legato di abitazione e di opera, azioni per alimenti tra prossimi parenti: queste, e simili restano salve, perchè, come bellamente dice Gaio, la ragion civile non può distruggere i diritti che vengono da natura (rr).

4) Finalmente la *cap. dem. min.* ha efficacia sulle personali servitù, inquantochè per essa si estingue l'uso e l'usufrutto, salvo l'abitazione che rimane intatta, appartenendo a quei diritti *quae naturalem praestationem habent* (ss). Siffatta estin-

---

cur contraxerit, quantum ad verba huius Edicti pertinet.... Et quidem, si arrogatus sit, nullus labor; nam perinde obligabitur ut filiusfamilias.

(oo) L. 2. §. 1. h. t. *Ulp.* Ait Praetor: *Qui, quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo.*

(pp) L. 2. quod cum eo. (14. 5.) — §. 3. Inst. de acquis. per arr. (3. 10.). — *Burchardi*, Della restit. nello stato primiero §. 179. ss.

(qq) *Gai.* Inst. III. §. 83.

(rr) L. 8. h. t. — *Suvigny*, sist. V. II. §. 71. 72.

(ss) *Gai.* III. 83—*Paut.* III. 6. §. 29. Capitis minutione amittitur, si insulam fructuarius deportetur, vel sic causa metalli servus poenae efficiatur, aut si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit. — Fragm. Vat. §. 61. — L. 1. pr. §. 1. quib. mod. usufr. (7. 4.).

zione è stata totalmente abolita da Giustiniano, sicchè nel nuovo diritto le servitù personali restano salve, non ostante la minima deminuzione di capo (tt).

C. Circostanze modificative della esistenza fisico-giuridica della persona.

§. 17.

1) Dello stato naturale.

I. Intendiamo per stato naturale quella circostanza, per la quale un individuo ha ricevuto l'esistenza fisica in o fuori un legittimo matrimonio; di tal che, in rapporto a questo stato, un figlio può essere legittimo od illegittimo.

1) È figlio legittimo quello che è concepito in legittimo matrimonio, però, movendo dal concepimento, le *iustae nuptiae* sono l'unico fondamento della legittimità; il che è nel diritto nostro espresso con questa massima: *pater is est, quem nuptiae demonstrant;* cioè, quando un fanciullo è nato durante il matrimonio, la legge ha per certo che padre di costui sia il marito della madre (a).

A ciò richieggonsi quattro requisiti: 1) che determinato e certo sia il genitore del fanciullo; 2) che si riconosca una maternità naturale; 3) che un giusto matrimonio unisca queste due persone; 4) finalmente che siavi stato matrimonio nel momento del concepimento. Il secondo ed il terzo di questi requisiti non offrono veruna difficoltà, e, quando potesse nascer dubbio, posson esser provati con mezzi ordinarii; ma non avviene così del primo, e dell'ultimo; imperocchè il concepimento è misterioso ed occulto, ad accertare il quale non valgono, anzi sono impotenti affatto, i mezzi ordinarii di prova. Qualora su ciò sorgesse dubbio, la decisione del magistrato chiamato a stabilire, in qual tempo probabilmente sia stato concepito il fanciullo, si opporrebbe alle guarantige ed allo scopo del diritto; in effetto regola di tale decisione non potrebbe esser , che l' arbitrio di chiunque giudichi un fatto, la cui natura è assolutamente incerta, e che, involgendo in sè l'onore e la tranquillità delle famiglie , debb'esser riguar-

---

(tt) L. 16. §. 2. C. de usufr. (3. 33.)—§. 1. Inst. de acquisit. per arrog. (3. 10.). Ecce enim, quum paterfamilias se in arrogationem dat, omnes res eius corporales, et incorporales, quaeque ei debitae sunt, arrogatori antea quidem pleno iure acquirebantur, exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et ius agnationis: usus etenim et usufructus licet his ante connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio. — Ved. *Vangerow*, o. c. §. 34. annot. 2.

(a) Pr. Inst. de patria potest. (1. 9.). —*Ulp*. V. §. 1.

dato come d'utilità personale non solo, ma d'interesse morale ancora. Per queste ragioni tutte il diritto ha stabilito di tor via qualunque arbitrio, e giudicare la questione per presunzione, fissando, dalla possibile durata della gravidanza, la nascita legittima di un fanciullo. E, perchè secondo l'autorità d'Ippocrate il parto è perfetto dal 182° giorno dal concepimento, o potendosi nei parti tardivi nascere nel decimo mese, determinossi che un figlio nato dopo il primo termine dalla celebrazione del matrimonio, e nel decimo mese dopo lo scioglimento di esso, è ritenuto figlio legittimo (b). Questa presunzione non è *iuris et de iure*, ma *iuris tantum*, in quanto che non è incompatibile la prova del contrario; difatti, tuttochè fosse nato nel tempo stabilito dalla legge, pure la presunzione di legittimità non ha effetto, quante volte il supposto padre provar potesse che gli è stato impossibile generarlo (c).

2) Negativo è il concetto della illegittimità della prole, cioè a dire vi è illegittimità quando o non esista matrimonio o quando sia nullo. I figli nati da illegittima unione vengono appellati *spurii* o *vulgo quesiti*, e tra questi si distinguono: i *liberi naturales* generati in concubinato, gli *adulterini* procreati in adulterio; e gl' *incestuosi* nati da incesto: ma queste specificazioni non hanno molta importanza giuridica e tutti son detti *spurii* (d).

II. Le conseguenze dello stato naturale sono le seguenti:

1) I figliuoli legittimi hanno giuridicamente padre e madre, i naturali la sola madre; il che vuol dire che fuori del matrimonio non è concepibile la patria potestà; e questi ultimi, seguendo sempre la madre, non possono succedere al padre loro, nè pretendere da lui gli alimenti. Il figlio, se vuol seguire il padre, deve necessariamente provare d'esser stato

---

(b) L. 12. de statu hom. (1. 5.). *Paul.* Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.—Ved. anc. L. 3. §. 12. de suis et leg. hered. (38. 16.). — L. 5. de in ius voc. (2. 4.). *Paul.* Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. — *Savigny*, vol. II. app. III. pag. 386.—L. 3. §. 11. de suis et leg. hered. (38. 16.). Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.

(c) L. 6. de his qui sui vel alien. iur. sunt (1. 6.). *Ulp.* Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbigratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valitudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

(d) L. 23. de stat. hom. (1. 5.). *Modest.* Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, qui habere non licet; qui et spurii appellantur παρὰτὴν σποράν. — Ved. §. 11. Inst. de nupt. (1. 10.).

da lui generato in un matrimonio legittimo, se la madre, gli basta provare il tempo in cui fu partorito. Questo principio fu modificato da Giustiniano, il quale in favore della prole stabilì, che in ogni caso, si dovesse tener conto del parto e non più del concepimento (e).

2) Pur nondimeno il novello diritto ha temperato alquanto questi principii rigorosi dell' antico, e fino ad un certo punto i figli naturali son considerati come aventi civilmente padre; ed in vero i nati da concubinato possono avere diritto agli alimenti, hanno un limitato diritto alla successione del padre, quando senza dubbio venissero da lui riconosciuti, e finalmente possono esser legittimati per susseguente matrimonio: il che sarà manifesto nelle speciali teorie.

§. 18.

2) Del sesso.

La diversità de' sessi in generale non dà motivo a differenza nelle attenenze giuridiche, e le persone de' due sessi sono egualmente considerate dal diritto privato (a). Questa regola ha due eccezioni:

1) In molti rapporti giuridici l'uomo è anteposto alla donna (b). E di vero nel diritto giustinianeo a questa s'interdice ancora ogni publico ufficio; dal che ne segue che non può esser tutrice, nè fare solenne testimonianza; le donne nel matrimonio son soggette alla potestà del marito, conseguentemente da lui solo debb' essere amministrata la dote od il patrimonio matrimoniale; in quanto al domicilio la donna segue sempre o quello del padre o quello del marito; di più essa deve osservare l' anno di lutto, mentre ciò non è necessario per l' uomo, e finalmente, non essendo per lei concepibile una patria potestà, non può adottare. Nel diritto antico la condizione di donna produceva una differenza rilevante nelle attenenze giuridiche, essendo essa sottoposta quasi continuamente all' autorità di un uomo.

2) In altri casi la condizione della donna è migliore di quella dell' uomo; per fermo alcuna volta gli errori di diritto, non scusabili, sono scusabili per la donna, e nel diritto penale si applica per lei una pena più mite; la pubertà è fissata per la donna al duodecimo anno, mentre per l'uomo è al quattordicesimo anno compiuto (c).

(e) L. 11. C. de natur. liber. (5. 27.).

(a) L. 1. pr. de V. S. (50. 16). *Ulp.* Verbum hoc: si quis, tam masculos, quam feminas complectitur. — L. 195. pr. eod.

(b) L. 9. de stat. hom. (1. 5). *Ulp.* In multis iuris nostri articulis detorior est conditio feminarum, quam masculorum. — L. 45. pr. de legatis (31).

(c) L. 5. §. 3. C. ad Leg. Iul. maiest. (9. 8). *Arcad. et Honor*.... Mitior enim circa eas debet esse sententia, quas per infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.—N. 134. c. 9. 10.

3) Intorno alla questione, quali diritti debbansi riconoscere nell' ermafrodito, i Romani stabilirono di riconoscere i diritti di quel sesso che in lui prevale (d).

§. 19.

3) **Dell' età.**

Savigny, Sist. v. III. §. 106. ss. — *Böcking*. Istit. I. §. 38. *Idem*. Del patrimonio dei minori nel diritto romano, e particolarmente della legge Pletoria, Berlino 1833.

I. Perchè un individuo avesse la facoltà di operare è d' uopo abbia tutta la coscienza delle proprie azioni o la idoneità del suo arbitrio. Ora è manifesto, che l'uomo, immediatamente dopo la nascita, difetta assolutamente dell' uso della ragione, e quindi della libertà del suo consiglio, e che non acquista la perfetta coscienza dell'esser suo, se non dopo un tempo di regolare svolgimento delle forze fisiche ed intellettive. Ma come la natura non va a salti, ma ascende per gradi, tra questi due estremi vi sono punti intermedii, in cui la idoneità è imperfetta, e che o all' uno o all' altro di quelli si avvicina; il diritto perciò riconosce quattro gradazioni nell' età, alle quali assegna diversa capacità di operare.

1. L'*Infantia*, che incomincia dalla nascita e termina al settimo anno compito, è lo stato in cui l'uomo non ha ancora l' uso della lingua, *infantes qui fari non possunt* (a). Il che non debbesi prendere per la totale mancanza della favella, ma anche per l' uso di essa senza la coscienza di ciò che s' asserisce.

2) *Infantia maior:* in questo stato trovasi quegli, che ha l' uso della lingua, *qui fari potest:* cioè che parla consapevolmente, ma che è incapace di generare. Questo stato incomincia dal settimo anno compito e termina al decimoquarto pei maschi, e al dodicesimo compito per le femine. Queste due prime gradazioni della età prese insieme sono appellate impubertà, e gl' individui *impuberes, pupilli* (b).

(d) L. 10. de stat. hom. (1. 5). *Ulp*. quaeritur, ermaphroditum cui comparamus? et magis puto huius sexus aestimandum, qui in eo praevalet. — *Gai*. Inst. II, §. 113.

(a) L. 65. §. 3. ad SC. Trebel. (36. 1). — L. 1. §. 2. de administ. (26. 7). *Ulp*.... Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, *qui fari non possunt*, vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant. — L. 70 de V. O. (45. 1). *Ulp*.... placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam *qui fari non poterat* , stipulari non poterat. — L. 6. rem pup. (46. 6). *Gai*. Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest, nam si praesens sit, et fari potest, etiam si eius aetatis erit ut non intelligat quid agat, etc.— L. 30. §. 2. 4. de fidecom. libert. (40. 5). — L. 1. C. ad SC. Tert. (6. 56).

(b) L. 141. §. 2. de V. O. (45. 1). *Gai*. Pupillus licet, ex *quo fari coeperit*, recte stipulari potest, etc. — L. 5. de R. I. (50. 17). — L. 6 rem pup. (46. 6). ved. not. prec.

3) La *Pubertas*, la quale incomincia dall'anno decimoquarto compito o dal dodicesimo per le femine, termina al venticinquesimo anno compito (1). Le persone in questo stato chiamansi *adolescentes, puberes, minores*.

4) Finalmente la maggiore età è dall' anno vigesimoquinto in poi: l' uomo, giunto a questa età, è da quinci innanzi sempre detto maggiore, nè v' ha termine che fissi lo stato di vecchiezza (*senectus*).

II. Ora il diritto, seguendo lo svolgimento naturale della persona, che, dalla mancanza perfetta d' intelligenza e libertà, a mano a mano avvanzando, perviene alla lucida pienezza di entrambe, stabilisce una diversa misura e tutela per ciascuna delle esposte gradazioni.

1) Ed in vero, egli è chiaro di per sè, che gl'infanti, non avendo l'uso della lingua o parlando senza coscienza, siano perfettamente privi di volontà, inidonei a fare qualunque atto giuridico, e del tutto incolpabili in qualsivoglia loro azione. È dunque necessaria un'altra persona che operi per loro, e sono perciò sottoposti senza eccezione veruna al tutore (c).

2) Le limitazioni giuridiche della seconda età son regolate da due criterii, perchè l' *infantia maior* è stata bipartita, modificando così grandemente il diritto antico. Dapprima si pose mente a quei giovanetti di questa età, i quali, essendo prossimi a pubertà, partecipavano dell'attitudine intellettiva pienamente ammessa a' puberi, e vennero appellati *pubertati proximi*. In essi fu riconosciuta una parte di capacità giuridica, e proprio potevano imprendere, senza che il tutore interponesse l'autorità, quei negozii, ne' quali non eravi pericolo di diminuzione pel loro patrimonio; e però furon detti idonei a *stipulari*, incapaci a *promittere*, perchè a questo era congiunto il rischio della perdita, mentre nello *stipulari* v' era guadagno. Ferma restò l'antica massima della perfetta incapità dell'impubere per coloro, che, avendo di poco compito il settimo anno, furon chiamati *infantiae proximi*, temperandola nondimeno con un *ius singulare;* perciocchè *utilitatis causa* s' accordò loro una certa idoneità a' negozii lucrativi (*stipulari*), che l'*infantiae proximus* poteva compiere da sè, mentre quando prometteva, non lo poteva senza l' autorità del tutore. Onde la differenza in queste due gradazioni era, che pe' prossimi alla pubertà la libertà di agire nello *stipulari* venia per norma generale di diritto; ai prossimi alla infanzia fu concessa in virtù di un *ius singulare*; più, i primi erano pienamente tenuti per le obbligazioni *ex delicto* (d) (2).

(c) §. 10. Inst. de inut. stip. (3. 19). Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui iam aliquem intellectum habent; nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum habent intellectum —L. 70. d. V. O. (45. 1). — L. 1. §. 2. de adm. et peric. tut. (26. 7). ved. not. a.

(d) §. 9. Inst. de inut. stipul. (3. 19). Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, Considerata nell' insieme tale gradazione delle prime due età si ha:

a) l'infante, incapacità perfetta di operare; per lui opera in ogni caso il tutore;

b) l'*infantiae proximus:* capacità imperfetta pei negozii in cui entra il *promittere*, in quanto può agire, ma con l' autorità del tutore; intera capacità nello *stipulari*, potendo operare da sè; incapacità assoluta per le obbligazioni *ex delicto;*

c) il *pubertati proximus*, una certa capacità nel *promittere*, operando con l'autorità del tutore; perfetta capacità nello *stipulari*, senza l'autorità del tutore; capacità di obbligarsi *ex delicto*, purchè si provi la intelligenza nel delinguere (3).

3) Il principio del decimoquinto anno segnava pel Romano il momento solenne della sua vita, in cui, spogliandosi della *pretexta*, e vestendo la toga virile, da fanciullo addiveniva uomo. Questo atto solenne produceva tre conseguenze giuridiche di massima importanza: il pubere usciva di tutela, poteva disporre del suo patrimonio per testamento, ed era capace di contrarre matrimonio (e). Da ciò è chiaro, che l' uomo a quindici anni avea tutta la libertà delle proprie azioni. Facendo salve queste tre importanti conseguenze, la capacità dei puberi fu alquanto modificata nel sesto secolo di Roma dalla legge *Plaetoria*, la quale stabilì l'età legale, *legitima aetas*, indistintamente per tutti al venticinquesimo anno compiuto (f). Effetto di questa importante legge fu una serie di disposizioni, le

---

sicubi tutoria auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. §. 10... Sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.— L. 1. §. 13. de Ob. et Ac. (44. 7). *Gai.* Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut non dum intelligat, quid agatur; sed quod ad hunc, benignius acceptum est, nam qui loqui potest, creditur et stipulari, et promittere recte posse.—L. 9. de acquirenda vel am. hered. (29. 2).— L. 141. §. 2. de V. O. (45. 1).—§. 18. Inst. de oblig. quae ex del... Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere. — L. 23. de furtis (47. 2). *Ulp.* Impubem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro vigesimo secundo Digestorum scripsit. —Ved. anc. L. 5. §. 2. ad leg. aquil. (9. 2). — L. 111. pr. de R. I. (50. 16). *Gai.* Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et iniuriae faciendae. — L. 3. §. 1. de iniur. (47. 10). — L. 2. §. 19. vi bon. rapt. (47. 8). etc.

(e) L. 5. qui test. fac. (28. 1). *Ulp.* A qua aetate testamentum vel masculi, vel feminae facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum.—L. 15. de vulg. et pup. subst. (28. 6).—L. 4. 5. C. qui test. (6. 22).— *Gai.* Inst. II. §. 113.—*Paul.* III. 4. §. 1.—L. 9. de spons. (23. 1).— L. 32. §. 27. de donat. int. vir. et ux. (24. 1).—L. 4. de R. N. (23. 2). *Pomp.* Minorem annis duodecim nuptam tum legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos.

(f) L. 2. C. Th. de donat. (8. 12).—L. un. C. Th. de his qui ven. (2. 17).—L. ult. in f. de appell. (49. 1). *Scaev.* Idem et in curatoribus observandum est, si interim adultus ad legitimam aetatem pervenit. — ved. L. 1. 6. de minoribus (4. 4).

quali indirettamente cercarono tutelare gl'interessi de' minori di anni 25. Così in prima si minacciò di pene criminali colui, che in un affare col minore si comportasse fraudolentemente; quindi seguì l' altro mezzo del diritto pretorio molto più importante, cioè la restituzione in intiero concessa al minore, per qualunque affare ed omissione, che gli arrecasse pregiudizio, e finalmente Marco Aurelio, affinchè si mantenesse intatto il patrimonio del minore, ordinò che questi fino all'età legale fosse sottoposto al curatore. Di talchè senza contraddire del tutto all' antico principio, si restrinse alquanto la capacità del pubere in quegli affari, che potevano arrecar pregiudizio al suo patrimonio.

Il minore poteva addivenir maggiore anche prima della età legale per speciale concessione dell' Imperatore (*venia aetatis*), purchè non avesse meno di 20 anni, se uomo, di 18, se donna, e purchè avesse dato pruova della sua piena intelligenza; con tutto ciò egli non era perfettamente equiparato ai maggiori, specialmente nelle alienazioni (g).

4) L' ultima gradazione dell' età, poichè comprende lo stato perfetto della persona, non ha uopo qui di particolare esame.

ANNOTAZIONI

(1) Il punto che fissa il cominciamento della pubertà, nell'anno decimoquarto o duodecimo compiuto secondo il sesso, era controverso tra i romani giuristi; e quantunque questa questione risoluta dall' imperatore Giustiniano abbia perduta ogni importanza, pure alquanta influenza ha prodotta anche oggidì nelle scuole.

Giustiniano fa ricordo di un' inchiesta corporale per accertare la pubertà, e l'abolisce come indecorosa ed immorale (h). Le opinioni, che si teneano su ciò da giurisperiti, erano le seguenti. I Sabiniani, pigliando argomento dallo svolgersi delle forze naturali, chiedevano la maturità della età, e ne ammettevano la inchiesta: i Proculeiani al contrario stabilivano per punto fisso il quattordicesimo anno compiuto: finalmente Prisco contemperando l' una e l' altra opinione, o veramente, integrando quella de' Sabiniani, accettava il quattordicesimo anno compiuto, ma voleva se ne facesse la pruova; così che secondo la opinione di Prisco la durata della impubertà mai era accorciata, ma poteva allungarsi, dovendo dar luogo al naturale progresso della vita (i). Egli sembra, che la opinione de'Sabiniani fosse stata careggiata in Roma assai più di quella tutta positiva de'Proculeiani; e, per fermo, la prima si poggia su due stabili fondamenti, quali sono la natura ed i costumi tradizionali del popolo romano. Nessuno ignora avvenire raramente, che giusto nell'ultimo giorno del quattordicesimo anno il giovine acquisti tutta la maturità di mente e di corpo da non aver bisogno di tutore, e da essere atto a contrarre matrimonio; ma vi sono tarde e precoci crescenze. D'altra parte l'entrare della pubertà era segnato da un atto solenne, per cui il garzone romano, spogliandosi ai quattordici anni della veste giovanile, prendeva l'abito dell'uomo, la toga virile. Ma sia perchè, essendo quest'atto celebrato nel giorno 17 di marzo, i giovanetti, che compivano il quattordicesimo anno dopo di questo tempo, prendevano la toga l'anno appresso, sia per ragioni naturali di tardiva pubertà, si vestiva la toga ai 16, 17, sia anche ai 21 anni, come avvenne per Calligola (k). Pure quantunque salda, la opinione de' Sabiniani non poteva contrastare alla ragione positiva de' Proculeiani; in conferma di che eravi l'usanza generale, tranne qualche caso, di dichiarare pubere il giovane, che avea compito l'anno decimoquarto. Nè guari da ciò dissentiva la dottrina dei Sabiniani, i quali fissavano in tesi generale questo termine quale principio della pubertà; ma solo in una questione di fatto volevano si ricorresse alla indagazione, ed in questo senso si dee specialmente prendere la opinione media di Prisco (l). Questa questione ha perduta ogni valore giuridico, avendo Giustiniano, come abbiam detto innanzi, sentenziato in favore dei Proculeiani, non ammettendo per moralità l'inchiesta sopradetta (m). Con tutto questo sonvi anch'oggi degli scrittori, che vengono nella opinione de' Sabiniani solamente per l'importanza d'una accertata pubertà nella celebrazione del matrimonio (n). Perchè si affermi ciò dopo le citate leggi di Giustiniano, bisogna che vi siano argomenti che abbiano qualche apparenza di vero; ed in fatti l'intrinseca natura del matrimonio, e qualche passo dei Digesti hanno indotto questi moderni giuristi a creder fondata anche nella legislazione giustinianea la inchiesta corporale. E certamente la pubertà, intesa nel senso naturale, ha pel matrimonio maggiore importanza che non per la tutela e pel testamento; dippiù la lettera de'fonti è alquanto dubbia; in vero, mentre per le donne si richiede espressamente il duodecimo anno, per gli uomini si fa menzione della pubertà, senza determinare proprio il 14.° anno (o).

(g) L. 2. 3. C. de his qui ven. aet. (2. 45).

(h) Pr. Inst. quib. mod. tut. (1. 22). Pupilli pupillaeque, quum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere; et ideo, sancta constitutione (Lex 3. C. cit.) promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecim annum completum viri potentes esse credantur.—L. 3. C. quando tut. (5. 60).

(i) *Gai.* Inst. I. §. 196. — *Ulp.* XI. §. 28.

Tutti questi argomenti non reggono, imperciocchè, indipendentemente dalle ragioni addotte dal *Savigny*, è inconcepibile che in un sistema di diritto si potesse ammettere una determinazione, la quale in altro luogo è stata espressamente dichiarata immorale dal legislatore medesimo.

(2) Non si può debitamente comprendere il valore giuridico della suddetta divi-

(k) *Sveton*. Caligula c. 10.

(l) *Savigny*, Sist. vol. III. §. 109.

(m) V. not. h.

(n) *Grimmer*, Storia del diritto, I. §. 120.

(o) L. 9. de spons. (23. 1). — L. 4. de R. N. (23. 2). *Pomp.* Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset *duodecim annos*. — L. 32. §. 27. de donat. int. vir. et ux. (24. 1). — L. 11. §. 3. quod fals. tut. (27. 6). *Iul.* Iulianus libro vicesimo primo Digestorum tractat, an etiam in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptam dedit. — Pr. Inst. de Nupt. (1. 10). Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, *feminas autem viripotentes*. — *Savigny*, Sist. III. §. 110.

sione della età, se prima non si tenga conto del progresso storico fatto su ciò. Per regola fondamentale di diritto antico gl'impuberi eran del tutto incapaci di atti legali, e la distinzione tra infanzia ed infanzia maggiore mancava di pratica importanza. Se questo discendeva esattamente da' dettami del diritto rigoroso, non di meno arrecava imbarazzo e nocumento agl'impuberi, quante volte si trattasse di quei negozii, nei quali non ammettevasi l'autorità di chiunque non era il direttamente interessato, come di mancipazione, di stipulazione e simili, messa anche da banda la sconvenienza che la totale incapacità degl'impuberi si cangiasse in un subito nella perfetta capacità de'puberi. Per rimuovere i detti sconci si venne ad un temperamento, e fu questo: esaminando meglio lo svolgimento della persona, si vide, che, sebbene al tempo della pubertà le forze intellettive e fisiche giungano a perfetto stato, pure l'intelligenza e la morale libertà cominciano a mostrarsi a mano a mano negli anni precedenti, ed anche prima della pubertà evvi alquanto lume d'intelligenza, e coscienza delle proprie azioni. Posto adunque questo gradual progresso della mente, la legge permise agli adolescenti prossimi a pubertà di liberamente compiere quegli atti legali, che niun danno arrecar poteano al loro patrimonio: ma per converso restrinse questa libertà, qualora fosse a temere alcuno discapito per essi, e però senza autorità del tutore, i prossimi a pubertà non poteano *promittere*. Pur tuttavia gli sconci notati di sopra, benchè avviati in parte, rimaneano sempre per que' pupilli, che di poco varcato aveano l' età dell' infanzia, a' quali niun atto legale era permesso d' imprendere; onde convenne in virtù d'una favorevole e benigna interpretazione accordare anche a costoro la medesima larghezza d' operare. Il quale *ius singulare* dopo la precedente determinazione è ricordato nel §. 10. Inst. de inut. stip. (3. 19) — *Sed quod diximus de pupillis utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent: nam infans, vel qui infanti proximus est.... nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi* (p).

(3) Difficile è però assegnare il termine che separa l'età prossima all'infanzia da quella prossima a pubertà. Tre opinioni si sono levate su ciò: la prima divide esattamente il tempo dell'*infantia maior*, ed assegna come termine i 10 anni e mezzo pei maschi, i 9 e mezzo per le donne (q). Altri per contrario, seguendo il progresso delle facoltà soggettive, prossimo all'infanzia chiamano l'adolescente, la cui intelligenza è mal ferma e poco svolta, e prossimo a pubertà quegli, in cui si prova essere maturità di giudizio. Finalmente la terza opinione è quella del *Savigny*, il quale intende questo termine nel senso letterale, dicendo che l'età prossima all'infanzia è quella che corre dal settimo all'ottavo anno, e la prossima a pubertà quella che è tra il decimoterzo e il decimoquarto, o, se parlasi di donna, tra l'undecimo e il duodecimo anno (r). Ognuna delle quali opinioni ha difficoltà ed inconvenienze.

(p) V. anc. L. 6. rem. pupil. (46. 6). Ved. not. a.—L. 1. §. 13 de Ob. et Act. (44. 7).—Ved. not. d. — L. 9. de acq. vel om. hered. (29. 2). *Paul.* Pupillus si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer — neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis, quam furiosus — tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest; hoc enim favorabiliter iis praestatur.

(q) V. *Accursio* ad L. pupillum.

(r) *Savigny*, Sist. III. §. 107.

E di vero la prima sarebbe logica, se potessimo determinare il punto fisso, in cui incomincia la forza dell'intelligenza, e questo punto è anche più arbitrario, quando non viene additato dalla legge. La seconda opinione ha senza dubbio un valido fondamento, ed è affatto razionale: ma se noi ci attenessimo meramente al naturale svolgersi dell'intelletto, inciamperemmo nella inconseguenza di dichiarar prossimo a pubertà un giovanetto di otto anni, sol perchè rapida nel progredire fu la sua mente; e d'altra parte diremmo all'infanzia prossimo l'adolescente di 13 anni, la cui intelligenza fosse torpida. Finalmente la opinione del *Savigny*, benchè sembri conforme alle leggi, non ha valore nessuno. Difatto qual nome ha l'età che corre dall'ottavo al decimoterzo anno pe' maschi, o dall'ottavo all'undecimo per le donne? L'appellativo è certamente necessario per determinare la capacità legale; e noi domanderemo: è all'infanzia o alla pubertà prossimo l'adolescente di undici anni? potrà egli insomma essere obbligato *ex delicto* come i prossimi alla pubertà, o non sarà punto responsabile civilmente di un'azione criminosa, come quelli che sono prossimi all'infanzia? Ecco il grave imbarazzo in cui mette quella opinione. A noi pare conveniente prescegliere un principio conciliativo della prima e della seconda opinione, considerando ognora incapace di propria volontà e prossimo all'infanzia il garzone che compiuto non abbia il decimo anno e mezzo, o la giovanetta che sia minore di 9 anni e mezzo: ma compiute l'età anzidette, l'uno e l'altra saranno reputati prossimi a pubertà, qualora in essi traluca una certa maturità di consiglio: di guisa che, dato che un impubere commetta un delitto, s'egli è minore degli anni 10 e mezzo, si riterrà incolpabile, se maggiore, il giudice dovrà ricercare con una *causae cognitio* se l'impubere ebbe coscienza di delinguere (s).

§. 20.

4) Della sanità di corpo e di spirito.

I. La mancanza di sanità può perturbare la capacità di una persona in modo da restringere la sua attività giuridica. Il difetto di sanità corporale può manifestarsi o per *morbum*, o per *vitium*.

1) Per morbo intendevano i Romani la malattia nel vero significato, ossia un'affezione morbosa passeggiera, che inabilita l'uomo per un tempo più o meno lungo. I Romani per una legge antichissima tenevan conto di una specie di malore, appellato *morbus sonticus* o *morbus maior*, quando la malattia ad una persona impediva una giuridica operazione (a). Il mor-

---

(s) V. *Gensler*, dei prossimi all'infanzia ed alla pubertà: Archivio civile IV. 18. — *Dirksen*, Museo del Reno I. pag. 180. ss.

(a) L. 113. de V. S. (50. 16). *Iavul.* Morbus sonticus est, qui cuique rei nocet. — L. 60. de re iud. (42. 1). *Iul.* Quaesitum est, quum alter ex litigatoribus febricitans discessisset, et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. Respondit, morbus sonticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. Sonticus autem existimandus est, qui cuiusque rei agendae impedimento est; litigandi porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. Potest tamen dici, esse aliquam et febrium bo faceva sì che la persona ammalata era negli affari di diritto considerata come assente.

2) Per *vitium* intendevasi un' infermità perpetua, od anche la mancanza di un organo essenziale del corpo umano, come il sordomutismo, la sordaggine, la cecità, lo stato del castrato, del mutilato, e simili (b). Effetti del vizio sono: o la totale inettitudine a quegli atti, ne'quali è necessario l'organo che difetta; così l'eunuco non è atto a contrarre matrimonio, nè può quindi adottar figliuoli, perchè, non potendo avere naturalmente potestà paterna, gli è anche contraddetto di averla civilmente (c); o una maggior limitazione nell'esercizio de'diritti, perciò si accrescono le formalità volute dalla legge, com'è pel cieco nel testare. Generalmente poi l'uomo è sottoposto alla cura per quegli affari, in cui è da un vizio impedito (d).

Le malattie dello spirito vengono da un disordine delle facoltà mentali, o da un indebolimento fino alla totale sterilità di esse. Quelli che son presi da tale sventura sono appellati *dementes*, *furiosi*; *dementes* diconsi coloro, la cui mente non ha vita piena o manca affatto, *furiosi* quelli, il cui spirito è attivo, ma irregolatamente, ed è spesso sì fattamente perturbato, che l'uomo opera al contrario di come dovrebbe. E gli uni e gli altri sono riguardati egualmente dalla legge: vale a dire, privi essendo di ogni uso di ragione, son creduti del tutto incapaci di qualunque atto giuridico e di aver cura del proprio patrimonio, e loro viene assegnato un curatore (e). La sola differenza tra il demente e il furioso è che per quest' ultimo sono possibili i lucidi intervalli, ne'quali egli non è più considerato come infermo di mente, sicchè validi civilmente sono gli atti compiti nel lucido intervallo (f), mentre pel demente non si dà mai questo stato.

---

differentiam; nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici, morbum sonticum non habere.—L. 65. §. 1. de aed. ed. (21. 1).—L. 46 de iudiciis (5. 1).

(b) L. 101. §. 2. de V. S. *Modest.* Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excussit; nam et luscus itaque vitiosus est.

(c) §. 9. Inst. de adopt. (1. 11). Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt. — L. 2. §. 1. — L. 40. §. 2. de adopt. (1. 7). — L. 6. §. 1. de lib. et post. (28. 2).

(d) §. 4. Inst. de cur. (1. 23). Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

(e) §. 3. 4. Inst. de curat. (1. 23). Furiosi quoque et prodigi, licet maiores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum: sed solent Romae praefectus urbi vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare. T. D. de curat. fur. (27. 10).

(f) §. 1. Inst. quib. non est perm. test. (2. 12). Furiosi autem si per id tempus fecerint

I prodighi, quelli cioè che giudizialmente sono stati dichiarati non atti a serbare e migliorare il loro patrimonio, sono per molti capi pareggiati ai furiosi; onde essi, come questi, sono sottoposti alla cura, con questa differenza che i furiosi son totalmente incapaci di azioni, mentre i prodighi, quando non si tratti d'alienare i loro beni, operano con piena attività, quindi son affatto imputabili delle loro azioni, ed hanno una certa libertà d'operare anche senza il curatore (g).

§. 21.

5) Della Religione.

T. C. de haereticis et Manichaeis et Samaritis (1. 5); de apostat. (1. 7); de Iudaeis et Coelicolis (1. 9); de paganis (1. 11).

La differenza delle credenze religiose non mai era stata in Roma cagione di restrizione di diritti, finchè la cristiana non fu dichiarata religione dello Stato: ma d'allora si stabilì che la differenza delle professioni di fede limitasse l'attività giuridica; di guisa che coloro che non seguivano la fede cristiana, o che si discostavano dai dommi ortodossi, erano incapaci di alcune azioni legali o sottoposti a pene più o meno gravi. Di questi si facevano comunemente quattro classi: cioè pagani, giudei, eretici, ed apostati.

1) Pagani eran coloro che professavano tuttora le antiche credenze, e non erano per nulla convertiti alle nuove idee del cristianesimo. Essi venivano più o men tollerati dallo Stato, e non di rado s'infliggevano loro pene più severe. Ma pure nel diritto privato, in cui ben poco era limitata la loro attività, essi erano quasi in tutto pareggiati ai cristiani (a).

2) Più rilevante è la differenza nel diritto privato riguardo agli ebrei, ai quali, benchè per regola generale loro si dessero diritti eguali ai cristiani (b), era negata in parte la capacità; laonde vietato era il matrimonio tra cristiani ed ebrei a pena di essere tale unione punita come adulte-

---

testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur; certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente; nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.—L. 6. C. de curat. fur. (5. 70).— L. 9. C. qui test. fac. pos. (6. 22).

(g) V. oltre alle leg. cit. L. 9. §. 7. de reb. cred. (12. 1). — L. 6. de V. O. (45. 1).

(a) L, 6. C. de psganis (1. 11).

(b) L. 8. 15. C. de Iudaeis (1. 9).

rio (c), ed alla donna ebrea come l'eretica non davasi diritto ai privilegi dotali (d).

3) Maggiore severità ed intolleranza appare nelle leggi verso gli eretici, cioè verso quei cristiani la cui dottrina fu dichiarata eresia dai concilii ecumenici. Molte erano le sette religiose formatesi ne'primi secoli dell'èra volgare nel mezzo della cristianità, ed ai seguaci d'alcune di esse la legge negava interamente ogni diritto, come ai Manichei ed ai Donatisti (e). Quanto agli altri eretici erano limitati in ciò, ch'essi non potevano disporre per atto di ultima volontà, e nè acquistare per esso, purchè non ritrattassero i loro errori, non avessero figliuoli ortodossi, giacchè in questi casi era riconosciuta la loro successione; e da ultimo la donna eretica maritata non avea i beneficii dotali (f).

4) Finalmente gli apostati, ossia coloro che rinnegavano l'ortodossia furono minacciati colle medesime pene degli eretici, ed incapaci erano massimamente di testare, e di acquistare per testamento (g).

§. 22.

6) Del domicilio.

T. D. Ad Municipalem et de incolis (50. 1) — C. de municipibus et originariis (10. 38) eod. de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, etc. (10. 39.) — *Savigny*, Sist. V. VIII. §. 350.

Intendiamo per domicilio di una persona quel luogo, ch'è centro e sede della sua vita civile, e della giuridica attività (a).

1) Perchè un luogo sia riconosciuto come legale domicilio, bisogna che una persona col corpo vi dimori e coll'animo, o, più chiaramente, è d'uopo che la persona non solo vi risegga, ma abbia ancora la ferma intenzione di rimanervi. Similmente il domicilio vien perduto legalmente

---

(c) L. 6. eod. *Valent. Theod. Arcad.* Ne quis cristianam mulierem in matrimonium Iudaeus accipiat, neque Iudaeae christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quique vocibus relaxata.

(d) N. 109.

(e) L. 4. C. h. t. (1. 5).

(f) L. 19. 21. 22. eod. — N. 109. 115. c. 3. §. 14.

(g) L. 2. 3. 4. C. h. t. (1. 7).

(a) L. 7. C. de incol. (10. 39). *Diocl.* et *Maxim* . . . ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde quum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediit, peregrinari iam destitit. — L. 203. de V. S. (50. 16). — L. 17. §. 13. h. t.

animo et corpore contrario, il che significa, che non basta la sola assenza corporale dal luogo, ma vi abbisogna la ferma intenzione di non più tornarvi (b). Da ciò risulta che il domicilio è di sua natura volontario (c).

2) Pur nondimeno alcune persone hanno dalla legge assegnato il loro domicilio, e questo dicesi allora necessario (d); così gl'impiegati dello Stato hanno il loro domicilio nel luogo del loro ufficio, i militari lo hanno dove riseggono. Qualche volta esso suol essere fondato dalla pena, per modo che il relegato ha il domicilio legale nel luogo dove sta espiando la pena (e).

Il domicilio della donna è quello del marito, del figlio di famiglia quello del padre, e finalmente il domicilio del liberto e dei suoi figli è quello del patrono (f). Ma riguardo ai figli di famiglia avvi una distinzione, in quanto ch' essi ponno considerarsi o come incapaci d' imprendere negozii civili, ed allora avranno sempre per domicilio quello del padre, o come giuridicamente idonei, ed avranno così la facoltà di scegliere diverso domicilio (g).

3) Generalmente non si può avere che un sol domicilio, ma incontra spesso che una persona abbia più sedi della sua vita civile, il che è specialmente pei mercatanti; in questo caso il domicilio da stabilirsi nelle questioni di diritto è quello, che in tali casi è fissato per convenzione delle parti (h).

4) È possibile che una persona non abbia domicilio (i); ed allora ha

---

(b) L. 20. 27. §. 1. h. t.

(c) L. 31. h. t. *Marcel.* Nihil est impedimento, quominus quis, ubi velit, habeat domicilium, quod ei interdictum non sit.

(d) L. 22. §. 1. L. 27. §. 3. h. t.

(e) L. 22. §. 3. h. t. *Paul.* Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, iterim necessarium domicilium habet.

(f) L. 38. §. 3. L. 22. eod. *Paul.* Filii libertorum libertarumque, liberti paterni et patroni manumissoris domicilium aut originem sequuntur. §. 1. Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae; sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. §. 2. Municipes sunt liberti et in eo loco, ubi ipsi domicilium sua voluntate tulerunt; nec aliquod ex hoc origini patroni faciunt praeiudicium; et utrubique muneribus adstringuntur. — L. 5. de R. N. (23. 2). — L. 65. de iud. (5. 1). *Ulp.* Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est; nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura. — L. 9. C. h. t. (10. 39).

(g) L. 3. 4. h. t. *Ulp.* Placet etiam filiosfamilias domicilium habere posse; Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit.

(h) L. 5. 6. §. 1. 2. h. t. *Paul.* Labeo iudicat, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere; quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere; quod verius est.

(i) L. 27. §. 2. h. t.

facoltà di eleggerne uno. Quando non è possibile questa scelta, come nel caso di Ulpiano nella legge or ora citata, si ricorre alla origine, vale a dire a quel luogo dove l'uomo ebbe, sia per nascita, sia per manumissione, adozione, e simili, esistenza giuridica (k).

Sull'origine si hanno le medesime regole che sul domicilio, così l'origine del figlio di famiglia è quella del padre, se nacque di legittimo matrimonio, della madre se viceversa (l). In alcuni casi ai *municipes* Roma dava la scelta d'essere sottoposti o al tribunale del loro municipio *(forum originis)*, o a quello dello Stato, o a quello del luogo, in cui risedevano *(forum domicilii)* (m).

6) La teorica del domicilio e dell'origine ha massimo valore nella contrapposizione degli statuti, nelle questioni sullo stato giuridico di una persona, e nella competenza delle giurisdizioni.

§. 23.

7) Della parentela e dell' affinità.

T. D. de gradibus et affinibus et nominibus eorum (38. 10). — T. Inst. de gradibus cognationis (3. 6). — *Schilling*, Manuale delle Istituzioni, II. §. 39-43. — *Puchta*, Corso delle Istituzioni, II. §. 288. 303. — *Böcking*, Ist. I. §. 49. 53.

I. È parentela la relazione di due o più persone, delle quali o le une procedono immediatamente dalle altre, o tutte procedono da uno stipite comune.

1) La parentela così concepita viene dal diritto delle genti *(cognatio)* (a), ed è diversa dalla parentela puramente civile del diritto antico *(agnatio)*, la quale, poggiandosi sulla patria potestà, era la relazione di più persone, le quali o dipendevano dalla medesima patria potestà, o che vi sarebbero sottoposte, se non fosse morto il comune genitore (b). La prima ha fondamento nel legame di sangue, onde è ancor detta naturale; la seconda nasce dal severo concetto della famiglia romana, sicchè ogni *capi-*

(k) V. *Savigny*, Sist. VIII. §. 351. ss.

(l) L. 6. §. 1. L. 7. h. t. *Ulp.* Si quis a pluribus manumissus sit, omnium patronorum originem sequitur. — L. 9. 22. pr. h. t.

(m) V. *Savigny*, l. c.

(a) L. 4. §. 1. h. t. *Modest.* Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sint. — Ved. §. 2. eod.

(b) *Ulp.* fragm. XI. 4. Agnati sunt a patre cognati, virilis sexus, per virilem sexum descendentes eiusdem familiae: veluti patrui, fratres, filii fratres, patrueles. — §. 1. Inst. de leg. agn. tut. (1. 15).

tis deminutio minima scioglie il vincolo agnatizio, mentre intatta resta la cognazione.

Nel diritto ultimo giustinianeo l' agnazione ha perduto ogni valore; giacchè tutti i diritti, che da quella traeano origine, sono nel nuovo sistema messi sul fondamento naturale della cognazione (c); il che sarà chiaro a suo luogo.

2) Dall' idea della cognazione discendono due linee di parentela; e primamente la linea retta, se le persone procedono immediatamente le une dalle altre, e quindi divisa in discendente ed ascendente, secondochè si parte da' figli salendo ai loro genitori, o per converso da questi si discende a quelli ; e secondamente la collaterale, se la parentela è tra persone che procedono mediatamente da una terza *(a latere venientes).*

Nella linea trasversale o collaterale è da por mente, se le persone congiunte in parentela procedono dallo stesso padre e dalla medesima madre, si domanderanno germani: se dal padre stesso e da diversa madre, saranno consanguinei: e se dalla stessa madre e da padre diverso, saran detti uterini.

La parentela si distingue per gradi, ed il principio che ne regola la computazione è : *tot sunt gradus, quot generationes,* ossia quante generazioni vi sono da una persona determinata, che è punto di computazione, tanti sono i gradi (d); per la linea collaterale il punto da cui comincia la computazione è il comune parente. E notisi che solo nella linea retta si ha il primo grado di parentela, poichè la trasversale incomincia dal secondo. I parenti pigliano nome specifico secondo i gradi di parentela, che sogliono computarsi fino al settimo; da questo in poi si appellano genericamente *maiores* gli ascendenti, discendenti *posteri* (e).

3) Oltre alla parentela provegnente da vincoli di sangue, avvi ancora una parentela civile (f), la quale si origina dall' adozione e dall' arrogazione, mercè una finzione di legge, che suppone l' adottante e l' arrogatore vero padre conforme a natura, e vero figliuolo l' adottato e l' arrogato. Le conseguenze della parentela puramente civile sono le medesime con la differenza, che i legami della parentela naturale sono perenni, ma quelli della civile durano per quanto dura la finzione.

4) La parentela regola e misura la successione legittima e necessaria, la tutela legittima, il diritto agli alimenti, ed è norma per gl' impedimenti matrimoniali; e quanto a questi ultimi è da por mente ad una distinzione

---

(c) I. Inst. de legit. agn. succ. (3. 2). — N. 118.

(d) L. 1. §. 3-7, h. t.

(e) L. 3. §. 1. L. 10. §. 10-11, h. t.

(f) L. 4. §. 2. h. t.

che fanno le leggi. Poichè il matrimonio fu proibito solo fino al terzo grado inclusivo, venne eccettuato il caso del *respectus parentelae*, pel quale il connubio potea vietarsi ancora oltre al terzo grado: questo era proprio qualora entrambe le persone discendessero per diritta linea, ovvero l'una per diritta linea, l'altra per collaterale (g).

5) Due persone possono esser tra loro in doppia linea di parentela. Ciò può avvenire in tre casi:

a) se due persone consanguinee procreano un figlio; così p. e. *a* e *b* generano *c*, *d* riguardo ad *e* sarà avo dal lato del padre ed *avunculus magnus* da quello della madre;

b) se due persone della medesima famiglia contraggono matrimonio con altre due di un' altra, e generano figli; così p. e. il padre *a* ed il figlio *b* sposano le due sorelle *c* e *d*, i figli procreati in questi matrimonii saranno tra loro in doppia parentela; imperocchè *e* in riguardo ad *f* è zio dal lato paterno, e cugino dal materno;

c) se alcuno sposa successivamente due persone parenti tra loro e ne ha figli, questi saranno doppiamente parenti; p. e. *a* dopo la morte di sua moglie *b* sposa la sorella di lei *c*, *d* ed *e* procreati in questi due matrimonii sono fratelli dal lato di padre, cugini dal lato di madre (h).

Lo stesso avviene se alla parentela naturale si aggiunga la civile, così se l'avo adotti il nipote.

6) Finalmente nelle leggi è fatta menzione di un'altra specie di parentela, la quale nasce dalle relazioni puramente spirituali di due persone, e però è detta parentela spirituale. Questa avviene nel battesimo, in virtù del quale il patrino è parente spirituale del figlioccio, e questa parentela mette anche impedimento al matrimonio (i).

II. L'affinità è la relazione che passa tra un coniuge ed i più prossimi congiunti dell'altro. Gli affini hanno diverse appellazioni, e così gli ascendenti più prossimi si domandano: *socer*, *socrus*, *vitricus*, *noverca* (suocero, suocera, patrigno, matrigna): i discendenti: *gener*, *nurus*, *privignus*, *privigna* (genero, nuora, figliastro, figliastra): ed i collaterali: *levir*, *glos* (cognato, cognata) (k). Questa specie di parentela ha efficacia come impedimento matrimoniale (l).

(g) L. 17. C. de Nupt. (5. 4).—§. 3. Inst. de Nupt. (1. 10). — *Dirksen*, Raccolta, dissertazione VI.

(h) *Haimberger*, §. 68.

(i) L. 26. in fin. C. de nupt. (5. 4).

(k) L. 4. §. 3. h. t. *Modest.* Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationis, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque coniungendae affinitatis causa fit ex nuptiis.

(l) §. 7. 8. 9. Inst. de nuptiis (1. 10).

Per regola generale l'affinità non ha gradi: ma questi per analogia della parentela vengono computati in modo che un coniuge sia con l'affine nel grado medesimo che questi è con l'altro coniuge (m).

Da ciò è manifesto, che l'affinità avendo sua origine dal matrimonio, termina non appena esso si scioglie.

§. 24.

8) Della publica stima.

T.D. de his, qui notantur infamia (3. 2)—C. ex quibus causis infamia irrogatur (2. 12). C. de infamibus (10. 57)— *Donelli* com. iuris civilis XVIII. c. 6-8. — *Burchardi*, de infamia ex disciplina Romanorum, Kil. 1819. — *Marezoll*, Sull'onor civile, Giessen 1824. — *Savigny*, Sist. II. §. 76.

L'onor civile o la publica stima viene da illesa dignità personale, ed è il rispetto dovuto all'uomo come cittadino, e come persona capace di diritti. L'onore era affatto congiunto allo stato di cittadino romano, e, purchè appartenesse al consorzio di Roma, l'uomo avea dignità e stima, della quale era pienamente disvestito non appena perdeva la cittadinanza romana.

Della publica stima v'era una mancanza totale *(consumptio)*, ed uno scemamento *(minutio)* (a): si perdeva totalmente per le due maggiori diminuzioni di capo, cioè per la privazione della libertà e della cittadinanza (b). V'era poi scemamento di stima pel cittadino, pur rimanendo tale, qualora l'opinione, che del suo onore aveano i concittadini, o in tutto veniva meno, o in parte; onde, perchè il Romano avesse goduto de'suoi pieni diritti, era mestieri che l'onor suo fosse incontaminato ed illeso. Qui solo lo scemamento della stima noi studieremo, imperocchè la totale perdita di essa si connette alla teorica delle diminuzioni di capo.

È diminuita adunque la stima di chi per proprie azioni o per condizion propria ha scapitato di riputazione nell'animo de' suoi concittadini, in modo da esser posposto nelle giuridiche relazioni a quelli, che di nulla si possono rimproverare (c). Questa riprovazione può manifestarsi o per determinazione di legge, e dicesi *infamia;* o per pubblica opinione, che tien luogo di legge, e dicesi *turpitudo* o *nota*. Ma oggidì nelle scuole *infamia iuris* è chiamata la riprovazione per legge, ed *infamia facti* quella per publica voce (d).

(m) L. 4. §. 5. h. t. *Modest.* Gradus autem affinitatis multi sunt. — L. 10. pr. h. t.

(a) L. 5. §. 1. de extraord. cogn. (50. 13). *Callistr.* Existimatio est dignitatis illesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

(b) L. 5. §. 2. eod. *Callistr.*.... Consumitur vero, quoties magna capitis minutio intervenit, id est, quum libertas adimitur, veluti quum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel quum plebeius in opus metalli, vel in metallum datur.

(c) L. 5. §. 3. pr. eod. Minuitur existimatio, quoties, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur. — L. 27. C. de inoff. test. (3. 28).

I. La *infamia iuris* è sempre inflitta dichiaratamente come pena, e distinguesi in infamia mediata ed immediata; la prima debb' esser necessariamente preceduta da una sentenza, l' altra è conseguenza di tal fatto, di tale azione, che senza esser giudicata, è infamante per legge; per la prima i Romani usavano questa frase: *si quis condemnatus fuerit infamis esto;* per la seconda: *si quis fecerit infamis esto.*

1) I casi dell'infamia mediata si possono ridurre ai seguenti; essa viene:

a) generalmente in seguito d'una condanna in publico giudizio (e);

b) per alcuni delitti straordinarii; ed anche qui vale la regola generale, che l'infamia conseguita allora, che per questi delitti si sarebbe potuto intentare un' azione penale infamante (f). In alcuni passi de' fonti si annoverano altri delitti comuni come producenti infamia, verbigrazia il delitto *expilatae hereditatis, sepulcri violati* (g), la calunnia, e la prevaricazione, ma sempre che vengono trattati in un publico giudizio, la quale condizione è richiesta non solo dall' editto pretorio, ma ancora da Ulpiano (h) (1);

c) in conseguenza d'alcuni delitti privati, e specialmente dopo l'*actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum* e *de dolo* (i); dopo l'azione *sepulcri violati* (k), e finalmente in seguito dell'*actio contra mulierem, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est* (l);

(d) L. 2. pr. de obsequiis (37. 15). — L. 39. de furtis (47. 2).

(e) L. 7. de publicis iud. (48. 1). *Mac.* Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit; itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamiae non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum. — L. 56 pro socio (17. 2).

(f) L. 7. de pub. iud. (48. 1) — ved. not. prec.

(g) L. 1. de sepulcro violato (47. 12). *Ulp.* Sepulcri violati actio infamiam irrogat. — L. 12. C. ex quib. caus. inf. (2. 12). *Alexand.* Si te expilasse hereditatem sententia praesidis constiterit, non ex eo, quod non et alia poena tibi irrogata est, furti improbioris infamiam evitasti.

(h) L. 1. h. t. — L. 4. de praevaricatione (47. 15). *Macer.* Si is, de cuius calumnia agi prohibetur, praevaricator in causa iudicii publici pronuntiatus sit, infamis erit. — L. 6. §. 3. de decurionibus (50. 2).

(i) §. 2. Inst. de poen. tem. litig. (4. 16). Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, deposito directis nec contrariis actionibus, pro socio, qua ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. — L. 1. 4. §. 5. h. t. — L. 1. §. 4. de dolo malo (4. 3). — L. 5. 8. C. h. t. (2. 12).

(k) L. 1. de sep. viol. (47. 12) — ved. not. h.

(l) L. 15 — 17. h. t.

d) pei quattro contratti detti famosi, cioè mandato, società, deposito, e tutela, solamente per coloro che son chiamati in giudizio con azione diretta (m); poichè delle contrarie la sola *mandati contraria* (n) è infamante come la diretta;

e) finalmente l'infamia mediata colpisce il tutore rimosso per sospetto, dato ch'ei sia convinto di dolo (o).

Perciocchè segua l'infamia non è necessario, ch'essa sia direttamente inflitta, anzi è sufficiente che il fatto sia dal giudice accertato nella sentenza; ma con le seguenti condizioni: che la sentenza sia data da un giudice competente e non da un arbitro; che l'accusato sia dichiarato reo specificatamente e dopo una cognizion di causa; ch'egli venga condannato *suo* e non *alieno nomine;* e finalmente che la sentenza abbia forza di legge, di maniera che se essa fosse confermata in appello, l'infamia comincerebbe dall'ultima sentenza (p).

2) Sono per legge colpiti d'infamia immediata, cioè di quella che nasce da fatti reputati comunemente turpi e vituperevoli, e cade senza bisogno di giudizio o condanna su colui che li commette:

a) i soldati che sono licenziati *ignominiae causa* (q);

b) quelli che fanno il mestiere d'istrioni (r);

c) *qui lenocinium fecerit;* qui debbono intendersi i lenoni patentati che in ragione del loro mestiere erano infami; giacchè gli altri soggiacevano alla infamia mediata condannati ch' erano in giudizio pubblico per la legge *Iulia de adulteriis* (s);

d) *qui corpore suo muliebria passi sunt* (t);

(m) L. 1. h. t.—conf. il §. 2. Inst. de poen. tem. litig. (4. 16) ved. not. i.—L. 6. §. 7. h. t.—L. 5. pr. depos. (16. 3). *Ulp.* Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur; in quo iudicio merito in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

(n) L. 6. §. 5. h. t. *Ulp.* Mandati condemnemus; verbis Edicti notatur non solum, qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat; ut puta fideiussi pro te et solvi, mandati te si condemnavero, famosum facio. — *Donel.* XVIII. c. 8.

(o) §. 6. Inst. de suspect. tut. (1. 26). Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est. — L. 3. §. 18. eod. (26. 10). — L. 9. C. eod. (5. 43).

(p) L. 13. §. 5. 6. h. t. — L. 17. C. h. t. (2. 12). — L. 1. 6. §. 2. 6. h. t. — L. 2. pr. de §. 1. — obseq. (37. 15). — L. 6. §. 1. h. t.

(q) L. 1. h. t. *Iulian.* Praetoris verba dicunt: *infamia notatur, qui ab exercitu ignominiae causa, ab Imperatore, eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit.* — 2. pr. 4. h. t. — L. 3. C. de re militari (12. 36).

(r) L. 1. *Iulian... Qui artis ludicrae pronunciandive causa in scaenam prodierit.*—L. 2. §. 5. — L. 3. 4. pr. §. 1. h. t. — L. 1. §. 6. de postul. (3. 1). — L. 21. C. h. t. (2. 12).

(s) L. 1. 4. §. 2. h. t. *Ulp.* Ait Praetor: *qui lenocinium fecerit;* lenocinium facit, qui quaestuaria mancipia habuerit; sed et qui in liberis hunc quaestum exercet, in eadem causa est. — §. 3. eod. 1. — conf. L. 43. §. 6-9. de R. N. (23. 2).

(t) L. 1. §. 6. de postulando (3. 1). *Ulp.* Removet autem a postulando pro aliis et eum,

e) le meretrici publiche (u);

f) la donna colta in flagrante adulterio (v);

g) è infame chiunque vive nel medesimo tempo in due matrimonii, o in un matrimonio ed una promessa, ed anche il padre di famiglia, che contrae il secondo matrimonio o i secondi sponsali pel figlio, o che solamente tollera il doppio legame; ne è scusato quel figlio di famiglia, che si mette in questo stato per induzione del padre (x).

L' infamia è data, ancorchè gli sponsali o il secondo matrimonio di per sè fossero nulli (y);

h) la vedova che si rimarita prima che finisca l' anno del lutto, ed insieme con lei l'uomo che scientemente l'ha sposata, il padre che ha consigliato a suo figlio simile matrimonio, fuori del figlio di famiglia che fa queste nozze per comando del padre (z);

i) il tutore o il figlio che sposa la pupilla prima ch' ella addivenga maggiore, o prima che trascorra il tempo, in cui ella può farsi restituire in intiero per causa della minore età (aa);

k) l' usuraio (bb);

l) i maggiori di 25 anni che rompono i patti e le transazioni giurate (cc);

---

qui corpore suo muliebria passi sunt. Si quis tamen vi praedonum, vel hostium stupratus est, non debet notari, ut et Pomponius ait. — v. anc. L. 31. C. ad Leg. Iul. de adulteriis (9. 9).

(u) L. 24. h. t. — L. 41. 43. pr. §. 1-5. de R. N. (23. 2).

(v) L. 43. §. 12. de R. N. (23. 2). *Ulp*.... Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi abesse debere, quia verum est, eam in adulterio deprehensam, quia factum lex, non sententia notaverit. — §. 13. eod.

(x) L. 1. in f. L. 13. §. 1 — 3. h. t. *Ulp*. Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia Edicti punitur —L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5). *Dioclet*. et *Maxim*. Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet, quum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sunt. — L. 18. C. ad legem Iuliam de adult. (9. 9).

(y) L. 13. §. 4. h. t.

(z) L. 1. L. 8. — 13 pr. h. t.—L. 15. C. h. t. (2. 12). *Gordian*. Decreto amplissimi ordinis luctu foeminarum deminuto, tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra tempus, quo elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur, quum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea, quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahat.—L. 1.C. de secundis nupt. (5. 9).

(aa) L. 66. pr. de R. N. (23. 2).—L. 7. C. de interd. matr. (5. 6). *Diocl*. et *Maxim*. Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam sibi vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit, manet infamia contra eum, veluti confessum de tutela, quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laboravit, et dos data per conditionem repeti potest.

(bb) L. 20. C. h. t. (2. 12). *Diocl*. et *Maxim*. Improbum foenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula irroganda est.

(cc) L. 41. C. de transact. (2. 4). *Arcad*. et *Honor*. Si quis maior annis viginti quinque adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas,

m) i debitori che vengono in un concorso di creditori sol quando non fecero uso del beneficio della cessione de' beni (dd);

n) per senato-consulto Turpilliano è infame colui, che lascia cadere un giudizio criminale già incominciato senza abolizione (ee);

o) i figli del perduelle (ff);

p) il giudice che per venalità o per parzialità pronunzia un'ingiusta sentenza, o che si comporta barbaramente coi prigionieri (gg);

q) l'avvocato, che, menando innanzi un processo, si rende colpevole d'ingiurie inutili (hh);

r) colui che ingiuria i giudici in appello (ii);

s) chi si fa colpevole di ambito per la dignità di Vescovo (kk): ed altri (ll).

3) Per ciò che s'appartiene alle conseguenze della infamia *iuris*, bisogna notare che:

a) l'effetto più immediato della diminuzione della stima è la perdita de' diritti politici, che i Romani comprendevano nelle parole *ius honorum et ius suffragii;* e l'infame non poteva giammai ascendere alle alte dignità dello Stato, anzi neppure accedere a qualunque onorifico ufficio; e, dato che una condanna d'infamia fosse inflitta ad un ufficiale dello Stato, questi si considerava *ipso facto* rimosso dalla carica (mm).

---

putaverit esse veniendum vel interpellando indicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa, eas autem invocato Dei omnipotentis nomine, eo anctore, solidaverit, non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, rel.

(dd) L. 11. C. h. t. (2. 12). *Alexand.* Debitores, qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eornm venierint, infames non finnt.—L. 8. C. qni bon. ced. poss. (7. 71).—*Gai.*, Inst. II. 154.

(ee) L. 6. §. 3 de decurionibus (50. 2).—L. 1. C. nt intra cert. temp. (9. 44).—L. 2. C. ad SC. Turpilliannm (9. 45).

(ff) L. 5. §. 1. C. ad leg. Inl. maiest. (9. 8).

(gg) L. 2. C. de poen. iud. (7. 49). *Const.* De eo, qui pretio depravatns ant gratia perperam iudicaverit, ei vindicta, qnem laeserit, non solum existimationis dispendii, sed etiam litis discriminis praebeatnr. — L. 1. C. de cust. reor. (9. 4). — L. 8. §. 1. C. ad leg. Iuliam de vi pub. v. priv. (9. 12).

(hh) L. 6. §. 1. C. de post. (2. 6).

(il) L. 42. de iniur. (47. 10). *Paul.* Indici ab appellatoribus convicium fieri non oportet, alioqnin infamia notantur.

(kk) L. 31. in f. C. de episcop. et cler. (1. 3).

(ll) L. 2. C. de leg. (1. 14).—L. un. C. de senatusc. (1. 16).—L. 3. C. ut lite pend. (1. 21).—L. 5. §. 1. 2. C. ad leg. Inl. maiest. (9. 8).—L. 3. C. de precib. Imp. offerend. (1. 19).— L. 10. C. de iudiciis (3. 1.) — v. anc. L. 8. C. de offic. rect. prov. (1. 40).— L. 1. C. de nat. lib. (5. 27).—L. nn C. ad Leg. Viselliam (9. 21).—L. 15. C. de appell. (7. 62). — L. 31. 33. C. de decurionib. (10. 31).—L. un. C. de stud. liber. (11. 18).

(mm) L. nn. C. de infam. (10. 57). *Diocles.* et *Maxim.* Infames personae, licet nullis honoribus, qui integrae dignitatis hominibus deferri solent, uti possunt, curialium tamen vel civilium mnnerum vocationem non habent; sed et solemnibus indictionibns ob tutelam publicam eos satisfacere necesse est. — L. 2. 6. C. de dignitat. (12. 1).—L. 8. C. de re mil. (12. 36).

b) L' infamia ha efficacia nel dritto privato, e specialmente limita la capacità giuridica del diminuito di publica stima, in quanto che egli non potrà *postulare* che per sè o per quelle persone solamente, che sono con lui strettamente legate (nn). Da ciò segue che l'infame non può essere *cognitor* e molto meno *procurator* (oo); nè potrà intentare azioni popolari, giacchè l' accusatore in tali giudizii figura come il procuratore dello Stato (pp) (2).

L'infame non potrà inoltre intentare azione infamante contro persone d'illibata stima; egli è escluso dall'amministrazione della tutela, e, se fosse istituito erede, i fratelli del testatore potranno impugnare il testamento come inofficioso; finalmente la testimonianza dell' infame è ammessa con limitazione (qq).

4) Per regola generale la nota d'infamia accompagna l'uomo in tutta la sua vita; vi è nondimeno qualche eccezione. L' imperatore potrà per grazia speciale restituire la stima a chi perduta l' avesse *(restitutio famae)*; l'infamia cade di per sè, quando si rescinde l'azione che la produceva; e per una tal quale compensazione si conserva l'onore di colui, al quale è stata inflitta una pena più grave di quella che la legge stabiliva (rr).

II. L' *infamia facti*, detta da' Romani *vitae turpitudo*, avea luogo quando alcuno per suo procedere o per sua condizione era avuto a turpe e spregevole da' concittadini, senza che però fosse legalmente diminuito di stima. Questa condanna, benchè morale, avea effetti giuridici, che in gran parte s' assomigliavano a quelli dell' *infamia iuris*, per quei diritti precipuamente che nascono dalla dignità personale (ss).

(nn) L. 1. §. 5. de post. (3. 1). *Ulp.* Secundo loco Edictum proponitur in eos, *qui pro aliis ne postulent:* in quo Edicto excepit Praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles.

(oo) Fragm. Vat. §. 322. 323. 324.—*Paul.* I. 2. §. 1. Omnes infames qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.

(pp) L. 4. de pop. act. (47. 23). *Paul.* Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per Edictum postulare licet.

(qq) L. 11. §. 1. de dolo (4. 3). *Ulp.* Quibusdam personis non dabitur, utputa liberis vel libertis adversus parentes patronosve, quum sit famosa. . . . . vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris, et ita Labeo.— L. 17. §. 1. de test. tutela (26. 2). — L. 27. C. de inoff. test. (3. 28). — L. 3. pr. de test. (22. 5). — Nov. 90. c. 1.

(rr) L. 4. C. h. t. (2. 12).—L. 13. §. 7. h. t. *Ulp.* Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat, ut et constitutum est, et responsum. — L. 10. §. 2. de poenis (48. 19).

(ss) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28). — L. 2. pr. de obse. (37. 15). — L. 1. §. 5. de post. (3. 1). — v. anc. not. (mm) (qq).

ANNOTAZIONI

(1) Tra i delitti straordinarii che hanno per conseguenza l'infamia è controverso il caso dello *stellionato*, e ciò massimamente per due frammenti di Ulpiano accettati nelle Pandette; l'uno de' quali così dice: *stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed cōercitionem extraordinariam habet* (tt); l'altro al contrario suona: *stellionatus infamiam irrogat, quamvis publicum non est iudicium* (uu).

La maggior parte dei giuristi antichi prendendo a principio una legge dei Digesti *sui publici giudizii* (vv) cercarono di conciliare quei due passi, opinando che lo stellionato produce infamia solamente ne' casi, in cui si potrà intentare un'azione infamante come per dolo, pel deposito, ecc. (xx). Questa opinione perde ogni valore quante volte si considera che il secondo passo, messo dai compilatori delle Pandette sotto il titolo dell'infamia è tanto preciso e generale, che nessun caso di stellionato possiamo dire libero da infamia: tanto più che di questo delitto il dolo è carattere essenziale. Più verisimile è l'opinione del *Marezoll* (yy), il quale prende *famosum* nel significato di *publicum iudicium*, di maniera che il senso delle due leggi sarebbe il seguente: Lo stellionato in generale non è di quei delitti, che dànno infamia, ossia non è publico giudizio, ma, essendo punito *extra ordinem*, produce la infamia.

(2) Un'altra conseguenza dell'infamia è certamente quella che riguarda il matrimonio; perocchè la legge Giulia e Papia vietava ai senatori ed ai loro discendenti di contrarre matrimonio con liberte. Nella legislazione giustinianea questa prescrizione della legge Giulia non ha importanza che quale notizia storica, come si vedrà a suo luogo (zz).

II. Delle persone giuridiche.

Dirksen, Considerazioni storiche sullo stato delle persone giuridiche nel diritto romano, dissertazioni civili II. 1. — *Savigny*, Sist. II. §. 83 ss. — *Pfeifer*, Teoria delle persoue giuridiche, Tubinga 1847.

§. 25.

A. Concetto e specie delle persone giuridiche in generale.

Da ciò che notato abbiamo nella prima parte di questo capitolo si fa chiaro, che solo l'uomo-persona è capace di diritti, che in lui solo questi si concretano, anzi si modificano secondo l'esistenza fisica morale e civile

---

(tt) L. 2. stellionat. (47. 20).

(uu) L. 13. §. 8. h. t.

(vv) L. 7. de publ. iud. (48. 1). Vedi nota f.

(xx) V. *Cuiac.* Observ. X. 26. — *Donell.* XVIII. 8 — *Glück*, V. p. 192.

(yy) *Marezoll*, Op. c. p. 135.

(zz) V. Appendice VIII.ª alla fine del cap. I. L. II. — v. inoltre L. 28. 29. C. de Nupt. (5. 4). — N. 117. C. 6.

della persona stessa, e che perciò l' idea di giuridica attività s' incarna e prende vita nell'uomo individuo. Ma a grado a grado che uscendo dall'individualità moviamo per le diverse società della vita, dalla famiglia alla confederazione degli Stati, noi scorgeremo di leggieri che, quanto più si allarga il cerchio della vita, quanto maggiormente esteso è un gruppo sociale, vie più tanto sparisce l'individuo, e l'idea della comunanza, l'ente collettivo sottentra alla persona individuale. E così ogni aggregato sociale, in cui si svolge l'umana attività, non come colleganza d'individui è riguardato, ma si rappresenta nel tutt'insieme come persona individua, e sorge l'idea collettiva di famiglia, stirpe, municipio, Stato e simili.

Questo concetto universale della persona giuridica non è giusto, quando consideriamo tale persona rispetto al diritto privato, e bisogna da un lato restringerlo, dall'altro slargarlo. Ed in vero al diritto privato importa solo di quelle persone giuridiche che sono idonee ad aver patrimonio; e però la famiglia, ed alcuni collegi di amministrazione dello Stato, non essendo idonei ad aver patrimonio come persone giuridiche o morali, che dir si vogliano, verranno tralasciati nella nostra trattazione. Oltracciò fa d'uopo ampliare quel primitivo concetto, poichè non solo una colleganza di persone, ma alcune volte un complesso di beni, un patrimonio, può considerarsi come persona giuridica, e fingersi subbietto di diritto.

La persona giuridica adunque può definirsi: un aggregato di persone o di beni, che in virtù d' una finzione prende figura di subbietto individuale di diritto, ed esiste astrattamente nell'idea collettiva.

Per la sua costituzione sono necessarii i seguenti requisiti: anzi tutto non è possibile un tale subbietto di diritto senza che dalla legge non gli sia riconosciuta ed affermata la personalità, sia per comune principio di diritto, sia per speciale concessione dell'autorità dello Stato. In secondo luogo a questa persona abbisogna un corpo, una sostanza, che può esser tanto una pluralità di persone fisiche, onde il nome di *universitas personarum*, come i comuni, le diverse associazioni, lo Stato come subbietto di patrimonio, ossia il fisco, e qualsisia corpo o comunità; quanto un complesso di beni che serva ad uno scopo, che rappresenti un intento prefisso; e così la persona giuridica prende nome di *universitas bonorum*, come le pie fondazioni, e l'eredità giacente (a) (1), e finalmente è richiesto uno scopo.

Il carattere essenziale della persona giuridica o morale è dunque di figurare un individualità giuridica nello Stato, e di valere come un vero subbietto di diritto.

(a) L. 22. de fideiuss. et mandat. (46. 1). *Florent.* Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria et societas.

ANNOTAZIONE

(1) Il concetto della persona giuridica è stato in questi ultimi tempi esteso di là del vero, inquantochè s'è voluto riguardare come persona un qualunque fondo che abbia sovra un altro una servitù prediale. A questo proposito i testi dicono: *fundo servitus acquiritur* (b), ed altrove: *fundus id ius aquae amisit* (c): donde alcuni giuristi traggono per conseguenza che il fondo è considerato dalla legge come subbietto (d). Quest'opinione è da rigettare assolutamente come priva di fondati argomenti. Da' passi citati solo rilevasi: che per mezzo di una servitù si provvede ai bisogni di un fondo, e che essa è così attaccata al fondo medesimo, che acquistandosi questo, s'acquista il diritto di servitù; ma è indubitato, che usa e gode di questo diritto, non il fondo, ma il proprietario, il quale può disporre della servitù come di qualunque altra parte del suo patrimonio (e).

B) Delle università in generale.

§. 26.

1) Carattere generale ed idoneità delle università.

T. D. quod cuiusque universitatis nomine. (3. 4). — *Zachariae*, liber quest., qu. 10.

1) Si costituisce un'*universitas personarum*, nel senso dichiarato innanzi, quando molte persone si collegano per uno scopo, ed al loro complesso lo Stato conferisce la personalità giuridica. Da questa definizione discende, che *universitas* non può darsi senza un numero di persone fisiche, almeno di tre se si riguarda la fondazione, essendo comunemente accettato che l'universilà sussista anche quando i membri si siano ridotti ad un solo (a). Secondariamente è mestieri che queste persone si siano associate per uno scopo determinato, e finalmente fa d'uopo che lo Stato riconosca quest'associazione come subbietto di diritto.

2) Costituita una tale persona giuridica, essa è per principio generale affatto indipendente da ciascuna delle singole persone che la compongono, e però debbesi far perfetta distinzione tra i diritti e gli obblighi dell'uni-

---

(b) L. 12. de servit. (8. 1).

(c) L. 31. de servit. praed. rust. (8. 3).

(d) V. *Böcking*, Ist. I. §. 62. *Heise*, I. §. 98. n. 15.

(e) *Savigny*, O. c. II. §. 103.

(a) L. 7. §. 2. h. t. *Ulp*. In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sunt. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, quum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis.

versità, e quelli di ciascun membro o *civis* che chiamar si voglia. Per conseguenza i membri stessi possono entrare in rapporti giuridici coll'università medesima (b), ed allora essi sono riguardati perfettamente come terze persone (1).

3) La persona giuridica come subbietto è capace di quei diritti, che convengono al suo carattere intrinseco. La sua idoneità giuridica è limitata al patrimonio, e sono quindi esclusi tutti i diritti che suppongono essenzialmente la persona fisica, come i diritti di famiglia, de'quali è impossibile supporre un subbietto di un'esistenza ideale. Per la qual cosa nella persona giuridica sono riconosciuti i seguenti diritti:

a) proprietà (2);

b) diritti di servitù e reali e personali, i quali durano per 100 anni, essendo questa ordinariamente la più lunga età dell' uomo (c); questi diritti possono esser costituiti indistintamente su qualunque fondo, non esclusi quelli degli stessi membri dell'università; fuori della servitù di uso, la quale, essendo stabilita pel bisogno reale di qualcuno, mal potrebbe convenire ad una persona ideale;

c) obbligazioni e diritti di credito in ampio significato, e tutti non altrimenti, che per qualunque altra persona; se non che le obbligazioni, che consistono in *dare*, come il mutuo, obbligano la persona giuridica solo quando il *dato* fu veramente impiegato in suo vantaggio (d).

La distinzione che facevasi nel diritto antico, cioè, che l' università acquistava immediatamente i diritti d'obbligazione contratti dal suo schiavo, e mediante un'*actio utilis* quelli contratti da un procuratore, è perfettamente negletta nel diritto giustinianeo (e);

d) eredità. I diritti di successione sono stati molto più tardi degli altri concessi alle persone morali, ed anche con molte restrizioni. E di vero, in quanto alla successione intestata, essendo questa perfetta conseguenza dei diritti di famiglia, non si può senza contraddizione accordarla alla persona morale, la quale è incapace della famiglia e de'dritti che ne derivàno; con tutto ciò si dà il privilegio ad alcune università, di succedere *ab intestato* a qualcuno dei loro membri, dato per altro che non vi sieno eredi legittimi, nel solo caso cioè, che l'eredità sarebbe passata al fisco (f). E l' eredità testamentaria ancora non potrebbe concedersi alle università; imperciocchè, dovendo l'eredità essere acquistata con la volontà personale e la propria attività dell'individuo, a ciò non può esser atta la persona, che non abbia vera esistenza naturale. Per eccezione un senatoconsulto accordò alla città d'essere istituita erede nel testamento dal suo liberto, ed acquistarne l' eredità; a questa eccezione si riferiscono tutte quelle leggi, che ammettono la *testamenti factio passiva* per le università (g), essendo stata quella eccezione concessa a tutte le persone morali.

(b) L. 7. §. 1. h. t. *Ulp.* Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.— L. 27. de reb. cred. (12. 1).— L. 1. pr. de rev. div. (1. 8)— L. 10. §. 4. de in ius vocando (2. 4).— L. 1. §. 7. de quaest. (48. 18). *Ulp.* Servum municipum posse in caput civium torqueri, saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed reipublicae. Idemque in ceteris servis corporum dicendum est, nec enim plurium servus videtur, sed corporis.

(c) L. 56. de usuf. (7. 1). — L. 8. de usu et usuf. (33. 2). *Gai.* Si usufructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usufructu tuendi sint; nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudae proprietatis semper abscendente usufructu; unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus est.

(d) L. 27. de reb. cred. (12. 1). *Ulp.* Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebantur.

(e) L. 11. §. 1. de usuris (22. 1).—L. 5. §. 7. 9. de pecun. const. (13. 5). *Ulp.* Si actori municipum vel tutori pupilli, vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur; municipibus solvi, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso vel adolescenti utilem actionem.

Quanto ai legati non v'è difficoltà veruna di concederne l'acquisto alle università, e per la forma, e per la sostanza di questa istituzione giuridica; pur non pertanto fu tardi concessa loro la facoltà d'acquistare per legato. In sulle prime se ne dette il diritto alle sole città, quindi ai collegi, ai templi, e finalmente con decreto speciale ai villaggi (h).

Si dica lo stesso dei fidecommessi, l'acquisto dei quali fu espressamente accordato alle città da un senatoconsulto, e poscia fu la regola posta per tutte le università (i) (3).

(f) *Ulp. XXII.* §. 5.

(g) *Ulp.* eod.—L. un. §. 1. de libert. universitatis (38. 3). *Ulp.* Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est, id ius, quod etiam patrono, §. 1. Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur, movet enim, quod consentire non possunt; sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione senatus censuit, ut restitui iis ex Trebelliano hereditas possit, et qua ratione alio senatusconsulto heredibus iis institutis a liberto, acquirere hereditatem permissum est, ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est.—L. 66. §. 7. de legat. (31).—L. 6. §. 4. L. 1. §. 15. ad Sc. Treb. (36. 1).

(h) *Ulp.* XXIV. 28. — L. 117. pr. de leg. (30). *Marc.* Si quid relictum sit civitatibus, omne valet, sive in distributionem relinquatur, sive in opus , sive in alimenta , vel in eruditionem puerorum, sive quid aliud.—L. 122. eod. — L. 32. §. 2. eod. *Ulp.* Si parti civitatis aliquid sit relictum, quod ad ornatum, vel compendium Reipublicae spectat, sine dubio debebitur.— L. 77. §. 33. de leg. (31).—L. 5. pr. de leg. (32). *Ulp.* Si fuerit municipio legatum relictum ab his, qui rem publicam gerunt, fideicommissum dari potest.—L. 24. de ann. leg. (33. 1).—L. 20. §. 1. de alim. (34. 1). — L. 6. §. 2. de auro (34. 2). — L. 8. de usu legat. (33. 2). — L. 2. de reb. dub. (34. 5).

(i) L. 23. de ann. leg. (33. 1).—L. 20. de reb. dub. (34. 5). *Paul.* Quum senatus temporibus Divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur.—L. 73. §. 1. de leg. (30). *Gai.* Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus, Rescripto Imperatoris nostri significatur.— *Ulp.* XXII. 5.—L. 26. ad SC. Trebell. (36. 1).

Riconosciuta l' università quale subbietto di diritto, è necessario stabilire il modo onde si manifesta la sua volontà.

Le università sono ordinate o non ordinate; le prime hanno capi e rappresentanti stabiliti, come le città, e però la volontà dei loro rappresentanti è ritenuta come quella delle università stesse, ed il potere di essi è fissato dai diversi statuti (k). Ma se al contrario le università non sono ordinate, la deliberazione presa a maggioranza di voti ne esprime la volontà (l).

ANNOTAZIONI

(1) Una erronea e singolare opinione è quella del *Konopack* (m), il quale sulla proprietà dice: il diritto di proprietà sopra un obbietto può appartenere o ad una persona fisica o ad una persona morale; nel primo caso chiamasi proprietà esclusiva, nel secondo condominio. Questa opinione per la sua stranezza non meriterebbe confutazione, ma sarà buono cogliere il destro per distinguere in tutto e per tutto la proprietà di una università, dal condominio: E di certo v'ha tale differenza tra la prima e l'altra proprietà, quanto tra la proprietà individuale e il condominio, il che sarà chiaro per le seguenti cose:

1) Le disposizioni sopra una *res universitatis* debbono essere prese con deliberazione della maggioranza; mentre per la *res communis* devesi far distinzione tra le disposizioni del tutto, e quelle delle parti; perocchè, avendo ogni condomino la sua parte ideale, può disporre di essa come meglio gli talenta, ossia venderla, impegnarla, costituirvi sopra una servitù, ecc. (n); mentre per le disposizioni del tutto devono tutti i condomini concordarsi, così che il veto di un solo è più forte della volontà degli altri; il che non avviene per l'università in cui l'opposizione della minoranza non ha nessuna efficacia (o).

2) In caso di comunione ciascun condomino può, se vuole, domandarne lo scioglimento, sicchè la sua parte ideale è cambiata in una reale porzione (p); ma per contrario ognuno de'membri dell'università potrà uscirne e sciogliersi dai legami della associazione, senza che potesse avere la minima pretensione sulla proprietà dell'associazione medesima.

3) Quando si ha un fondo di proprietà individuale, ed un altro in comune non può essere intentata, l' *actio finium regundorum* (q); mentre si potrà benissimo quando si tratta di regolare i confini tra un fondo di un privato e quello dell'univer-

---

(k) L. 14. ad mun. (50. 1). *Papin.* Municipes intelliguntur scire, quod sciant hi, quibus summa reipublicae commissa est.— L. 97. de condit. et demons. (35. 1). — L. un. §. 1. de libert. univ. (38. 3).

(l) L. 160. §. 1. de R. I. *Ulp.* Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem. L. 19. ad munic. (50. 1). *Scaev.* Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. — L. 5. §. 1. C. de leg. (10. 63).

(m) Istituzioni del diritto privato romano §. 206.

(n) L. 1. C. com. divid. (3. 37). — L. 3. C. de commun. rer. alien. (4. 52).

(o) L. 28. Comm. divid. (10. 3). — L. 10. pr. de aqua et aquae pluv. (39. 3).

(p) L. 5. C. comm. divid. (3. 37).

(q) L. 4. §. 7. finium regund. (10. 1).

sità, di cui lo stesso privato è componente, perchè nel primo caso l' attore sarebbe nello stesso tempo convenuto, non così nel secondo.

4) Finalmente se alcuno abbia un fondo di proprietà individuale ed un altro in comune, non potrà mai sopra quest'ultimo acquistare un diritto di servitù; per contrario gli è permesso acquistarlo sopra un fondo dell' associazione di cui è membro (r).

(2) Controverso era nella giurisprudenza romana se l' università poteva possedere in senso legale. Il possesso come potere di fatto, congiunto alla presenza materiale dell'individuo, pareva incompatibile con la esistenza ideale della persona giuridica. Alcuni opinavano che come eccezione le si permettesse d'acquistare il possesso per mezzo di uno schiavo, ma ristretto nelle cose del peculio; altri al contrario non ammettevano questa eccezione, stantechè l'università non poteva possedere neppure lo schiavo (s). Al tempo aureo della giurisprudenza romana era dato ad essa la facoltà di acquistare il possesso per mezzo di schiavi, e di rappresentanti (t).

(3) Molto controverso è ancora, se l' università come tale possa commettere un reato ed esserne punita, oppure sieno da criminare i singoli membri dell' associazione.

Alcuni movendo dalla idoneità di diritto e di volere della persona morale rispondono affermativamente, eccettuando per altro alcuni delitti ed alcune pene (v).

Ma, considerando il carattere proprio della persona morale, e la natura del diritto penale, dobbiamo contrapporci alla opinione di questi giuristi.

Autore d' un reato è solo la persona umana, l' essere che pensa e vuole ed ha unità di coscienza: il che certo non può dirsi della persona morale che sussiste in virtù della legge; poichè, se ben si considera, sussiste l'università solo in quanto allo scopo determinato, e fuori di esso i membri che la compongono non operano come università costituita, ma come singolari persone. Ora il commettere un reato non sta nello scopo dell' associazione (chè una tale associazione non sarebbe riconosciuta dalla legge), e quindi, se reato si commette, non è da punire l'università intera, ma sono da criminare secondo il grado della loro colpa i singoli membri che vollero commetterlo. Nè altrimenti statuirono i Romani (y): benchè qualche passo male interpetrato abbia fatto seguire contraria opinione (z).

Che Ulpiano in quest' ultimo passo per *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus* non voglia intendere università, persone morali, si comprende dalle parole *singularis*

(r) L. 8. §. 1. in fin. de servit. (8. 1).

(s) L. 1. §. 22. de acq. vel am. poss. (41. 2).

(t) L. 2. de acq. vel am. poss. (41. 2).—L. 7. §. 3. ad exhib. (10. 4) — v. *Savigny*, Sist. II. §. 91.

(v) *Mühlenbruch*, I. §. 196.

(y) Sintenis de delictis et poenis universitatum *Servestae*, 1825.—L. 15. §. 1. de dolo malo (4. 3). *Ulp.* Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quis ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam, de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.

(z) L. 9. §. 1. quod met. caus. (4. 2). *Ulp.* Animadvertendum autem, quod Praetor hoc Edicto generaliter et in rem loquitur, nec adiicit a quo gestum; et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus huic Edicto locus erit.

persona; ed infatti non è dubbio che molti membri di una università, o tutti ancora, possono commettere un delitto; ma resta sempre il principio che queste persone individualmente saranno imputabili delle loro azioni (aa); e ciò è confermato da moltissime leggi.

§. 27.

2) Termine dell'università.

Termina la università quando vien meno uno degli elementi essenziali che la costituiscono, e specificamente:

1) quando i membri consociati per comune consenso si sciolgono, sebbene non sempre l'università cessi immediatamente;

2) quando l'ultimo de'membri è morto (a);

3) e finalmente quando lo Stato, che le ha accordato i diritti di persona morale, annulla la sua concessione.

Quanto al patrimonio dell'università dopo lo scioglimento di essa si hanno le seguenti regole:

1) quando l'università è publica, ed i beni son patrimonio dello Stato, questi ricadono allo Stato medesimo;

2) quando poi essa è privata, o negli statuti è fissata la destinazione del patrimonio, e si provvederà nel modo posto; oppure mancano gli statuti o in essi non v'ha su ciò deliberazione, ed allora i beni considerati come *bona vacantia* sono devoluti al fisco;

3) nel caso che l'università venga abolita dallo Stato, o si sciolga per comune consenso, i beni si spartiscono tra i membri (b).

C) Di alcune università in particolare.

§. 28.

1) Del Fisco.

T. D. de iure fisci (49. 14) — T. C. de iure fisci (10. 1).

S'intende per fisco il complesso del patrimonio dello Stato costituito come persona morale, o con altre parole lo Stato quale subbietto di diritto.

Il fisco non solo è persona morale e capace di diritti, ma gode molti

---

(aa) V. *Vangerow*, O. c. I. §. 55.

(a) L. 7. §. 2. h t. (3. 4). — Ved. not. a. del §. 25.

(b) L. 3. pr. de colleg. et corp. (47. 22). *Marc.* Collegia si qua fuerint illicita, mandatis, et constitutionibus, et senatus-consultis dissolvuntur. Sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri.

ed importanti privilegi sopra le altre persone e fisiche e morali; per vero:

1) ne' diritti di obbligazione il fisco è preferito ai privati; ha l'ipoteca legale, ed è privilegiato in un concorso di creditori;

2) quanto agl' interessi il fisco potrà stipularli anche più del 6 per cento, ch'è il limite segnato per le contrattazioni private (a);

3) se il fisco abbia venduto la cosa di un terzo, questi non potrà annullare la vendita, ma avrà solamente un' azione per risarcimento di danni (1).

ANNOTAZIONE

(1) Si fa ancora quistione sovra un passo di Modestino, il quale suona: *Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit* (b). Alcuni credono che il giudice in casi dubbii debba decidere contra il fisco. A costoro domandiamo: perchè il fisco, che è in ogni caso privilegiato, qui dev'essere posposto alle altre persone? Vera è quest' altra interpretazione, la quale intende così il passo di Modestino: il giudice deve ne'casi dubbii favorire sempre il fisco come persona privilegiata; ma non commette delitto se talora gli decide contro.

§. 29.

2) Delle fondazioni pie.

Una quantità di beni diretta ad uno scopo pio e di comune utilità, può esser riconosciuta come persona giuridica o morale che dir si voglia. Come tale avrà tutti quei diritti che sono concessi alle altre persone morali, sebbene venga sommessa alcuna volta alla vigilanza ed al riscontro di una potestà ecclesiastica o secolare (a).

ANNOTAZIONE

È controverso nelle moderne scuole se i beni delle fondazioni pie rappresentino di per sè una persona giuridica. Alcuni giuristi e segnatamente il *Rosshirt* (b), hanno del tutto negato i diritti di persona morale alle fondazioni *pia causa;* ed affermano che i beni debbono considerarsi come beni della Chiesa o dello Stato. Questa opinione non è vera; è, sebbene a prima giunta sembri rafforzata da alcuni passi del Codice, non è poi così (c). I sostenitori di essa hanno confuso la questione della esistenza con quella dell'amministrazione (d). È indubitato per altro che alcune fondazioni dipendono dalle chiese, dallo Stato o da una città, ed allora esse non hanno propria esistenza; ma sarebbe errore ammettere questo principio come massima generale (e).

(a) L. ult. C. de fiscal. usur. (10. 8).

(b) L. 10. de iure fisci (49. 14).

(a) L. 23. C. de SS. Eccles. (1.2).—L. 33. C. de episc. et cler. (1.3).—N.131. c.10. 11. 13.

(b) Archivio per la procedura civile. V. 10. N. 13.

(c) L. 24. 49. C. de episc. (1. 3).

(d) *Puchta*, man. delle Pandette §. 27. n. k.

APPENDICE II.ª

Manumissione.

Sebbene la libertà umana non fosse in Roma concepita nella sua altezza e universalità, e fosse ammessa come diritto la schiavitù, i Romani tuttavolta non ne stabilirono la perpetuità, e, superiori in ciò agli altri popoli, sancirono per legge che uno schiavo potesse addivenir libero. L'atto di affrancare lo schiavo dicevasi *manumissio*. Questa era solenne o semplice; la prima era di tre specie: *vindicta, censu, testamento;* la seconda distinguevasi in *manumissio inter amicos*, *manumissio per epistolam per convivium*, ecc.

La manumissione per *vindicta* o *manumissio* propriamente detta era la dichiarazione del padrone di voler mettere in libertà il proprio schiavo; il che, dovendo far cambiare lo stato della persona in modo che un obbietto di diritto addivenisse subbietto, dovea farsi colla forma di una *legis actio*, e specialmente per mezzo della *vindicatio in libertatem* davanti al magistrato *(in iure)*.

Il difensore dello schiavo *(assertor)* presentavasi come reclamante contro il padrone, che faceva le parti di convenuto; e cominciava il processo col dar di piglio allo schiavo, toccandolo col bastone *(festuca, vindicta)*, e pronunziando le seguenti parole stabilite dalla legge: *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi;* ecce *tibi vindictam imposui:* alle quali parole seguiva il *sacramentum*. Il convenuto avrebbe allora dovuto pronunziare la *contra vindicatio*, ma poichè egli era di accordo col reclamante, si dichiarava *confessus*, cioè invece di dar di piglio alla *vindicta* e pronunziare le parole della *vindicatio*, rilasciava *(manumittebat)* lo schiavo, sul quale fin dal principio tenea le mani, palesando la sua volontà o col farlo girare *(circum agere, vertere)* intorno a sè, o col pronunziare espressamente le parole: *hunc hominem liberum esse volo.* Dopo di che il magistrato dichiarava libero perfettamente lo schiavo (a). Questa forma di manumissione che fu la più antica, si rese sempre più semplice; fino ad ammettere sufficiente la dichiarazione del padrone davanti al magistrato senza l'intervento di altre persone e senza altre solennità (b).

La manumissione per censo avea luogo, quando il padrone presentava il suo schiavo al censore, che, accogliendone la professione, lo rendeva libero e cittadino. La *professio* consisteva nel nominare lo schiavo che si volea affrancare nell' esposizione che far si dovea del proprio stato; perchè così lo schiavo era tolto dal novero delle cose e de' beni posseduti, e riceveva i diritti di persona.

Finalmente compivasi la manumissione per testamento, dichiarando apertamente in esso di far libero lo schiavo colle parole: *liber esto, liber sit, liberum esse iubeo*: dato che lo schiavo fosse posseduto *ex iure quiritium* nel tempo della formazione del testamento e della morte. Oltre questa *libertas directe data* in cui il testatore stesso era il *manumissor*, vi avea pure la *libertas fideicommissaria* per cui altri obbligava l' erede ad affrancare uno schiavo. La manumissione testamentaria avea effetto dal momento, che l' eredità era accettata, purchè non fosse sottoposta a condizione sospensiva (c). Queste tre forme d'affrancazione erano ancora le sole al tempo di Cicerone (d); ma poscia furono ammesse le altre più libere *inter amicos* e *per epistolam*. La prima consisteva nel dichiarare a voce libero lo schiavo davanti a cinque testimoni; la seconda con uno scritto segnato dal padrone e da cinque testimoni. Potevasi anche dar tacitamente la libertà di fatto, trattando lo schiavo come libero (*per mensam*, e simili). Ma queste manumissioni non dettero allo schiavo il diritto di libertà, che per la legge *Iunia*, la quale rendeva simili affrancati non cittadini ma Latini. Una novella forma di manumissione fu introdotta da Costantino mercè dichiarazione di dar la libertà allo schiavo, fatta nella chiesa ed in presenza dei sacerdoti che ne sottoscrivevano l' atto.

(e) V. *Vangerow*, O. c. I. §. 60. *Savigny*, II. §. 88. *Pucta* O. c. §. 27.

(a) V. *Puchta*, Cors. d'Ist. V. II. §. 211.

(b) L. 5. de man. vind. (40. 2).

Quanto alla facoltà di manomettere, essendo la manumissione una maniera d'alienazione, l' avea colui solamente, che poteva alienare.

Ma pure nelle leggi romane si osserva una certa restrizione del diritto di dar la libertà allo schiavo, mentre quanto alla forma si è notato un progresso di agevolazione. Alcune di queste restrizioni hanno motivo giuridico; altre all' opposto sono dettate da necessità politica, e sono speciali tanto, che senza la legge che le sancisce, non avrebbero ragion di essere. Se molti proprietarii avevano condominio sopra un solo schiavo, uno di essi non poteva affrancarlo, ma il suo atto valeva come rinuncia della sua parte, che ricadeva agli altri condomini; in fine allora poteva affrancarlo, quando costringeva gli altri a cedere le loro porzioni per l' equivalente valore ed aggiudicare a lui tutta intera la proprietà; questa cessione fu fatta obbligatoria da Giustiniano, il quale ne determinò il prezzo legale, e tolse via il *ius accrescendi* (e). Similmente quando era costituito l' usufrutto di uno schiavo, e durante l' usufrutto, il proprietario lo manumetteva, l' atto della manumissione non era nullo, ma lo schiavo non acquistava la piena libertà di diritto, se non quando finiva l' usufrutto; stantechè la sua libertà avrebbe leso il diritto dell' usufruttuario. Questa limitazione nasce da un principio giuridico, e Giustiniano, affermandone la giustizia, ammise solamente il diritto dello schiavo di esser libero anche durante l'usufrutto, senza pregiudicare in nessun modo l' usufruttuario. Dalla medesima natura è la determinazione della legge *Aelia Sentia*, la quale permise di oppugnare una manumissione fatta in *fraudem creditoris*, perocchè per mezzo di essa si diminuiva il patrimonio del debitore, ovvero si aumentava l' insolvenza di lui; regola estesa da Adriano anche ai peregrini con un Senatoconsulto (f). Erano *statuliberi* tutti gli schiavi, che per promessa avuta avean diritto d' essere affrancati in un tempo designato, o per una condizione avvenire.

Le limitazioni, che ebbero natura più politica che giuridica, e che veramente apportarono cangiamenti al principio della manumissione, furono determinate da due leggi, le leggi *Aelia Sentia*, e *Furia Caninia*. Colla prima si limitò il dritto del manumittente, il quale non poteva affrancare, se non avesse almeno venti anni; dippiù poteva solamente esser valida la manumissione fatta *per vindictam*, ma il padrone doveva provarne la *iusta causa* innanzi ad un *consilium* composto in Roma da cinque Senatori e cinque cavalieri, e da venti *recuperatores* tutti cittadini romani nelle provincie (g). Ancora questa legge prescrisse, che la manumissione di uno schiavo minore di trenta anni era sempre invalida, quando non se ne poteva provare la *iusta causa* dinanzi al *consilium*. L'affrancazione di uno schiavo condannato per delitto o marchiato era possibile, ma questi non addiveniva nè *civis* nè *latinus*, ma aveva l'infimo grado della libertà, *dediticiorum numero*, e non poteva dimorare che ad una certa distanza da Roma; qualora egli fosse sorpreso di qua del *centesimum miliarum*, era come schiavo venduto in vantaggio dello Stato senza speranza di acquistare mai più la libertà (h).

(c) L. 23. manum. test. (40. 4).

(d) Cic. Top. 2.

(e) L. 1. C. de com, serv. man. (7. 7).

(f) L. 1. §. 1 de statul. (40. 7).

La legge *Furia* statuì che chi avesse tre schiavi, non poteva manometterne che due nel testamento; chi ne avesse da quattro a dieci, non più della metà, da undici a trenta, non più di un terzo, da trentuno a cento, non più di un quarto, e non più di una quinta parte, chi ne avesse da cento a cinquecento; e finalmente nessuno per qualsivoglia numero poteva affrancare più di cento schiavi.

La violazione di questa legge rendeva nullo l'atto.

Delle due specie di limitazioni esposte Giustiniano abolì quelle che prendevano origine dalle condizioni dei tempi in cui la legge fu fatta. Le leggi *Aelia Sentia* e *Furia Caninia* dunque furono abolite, ritenendo solamente quelle disposizioni fatte in vantaggio del manomittente e de'diritti del terzo.

Con tutte queste restrizioni non cessavasi però di sgrossare l'antica forma in modo da esser qualche volta inutile anche l'atto stesso della manumissione. Di tale carattere è l'editto di Claudio, che rendeva libero lo schiavo ammalato abbandonato dal suo padrone; e similmente quella serie di senaticonsulti sotto Adriano, i quali ordinarono di aggiudicare la libertà, qualora l'erede, che si era obbligato per fidecommesso all'affrancazione, cercasse di esimersi dall'obbligo con l'assenza anche giusta, o qualora fosse domiciliato in altre provincie (*SC. Rubrianum*, *SC. Dasumianum*, *SC. Articuleianum* (i)).

APPENDICE III.ª

Cittadinanza.

La cittadinanza, nascendo dall'idea del proprio consorzio e della patria preclusa agli altri, era pel Romano il massimo diritto, ed in sè comprendeva libertà e famiglia: onde, anche più che il concetto di libertà, quello di cittadinanza ed il suo svolgimento, è la chiave del progresso del diritto privato, ch'è monumento della sapienza, e della vera gloria del popolo romano, ed è come pietra fondamentale di quella civiltà ch'è vanto delle età moderne. Da questa idea di cittadinanza discende che chi non è cittadino romano, non ha diritti, e però nelle leggi antichissime vediamo dure e rigorose conseguenze di tale principio: chi è straniero alla società romana, è nemico, nè può esser garentito dalle leggi, perchè, non avendo cittadinanza, non ha personalità; onde Cicerone che ci rammenta questo stato antico, scrive: « *Hostis apud* » *maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII tabulae; aut status dies cum hoste. Item: adversus hostem aeterna auctoritas* (a) ».

(g) *Ulp.* Fragm. I. 13. — L. 7. §. 1. qui et a quib. (40. 9).

(h) T. C. dediticia libert. toll. (7. 5).

(i) *Puchta*, l. c.

Appena il Romano sentì essere angusti troppo i confini del suo territorio, e cominciò la sua missione di conquista e di civiltà, e fin da quando l'umanità prese a rivendicare mercè la manumissione il diritto di libertà dell' uomo, sorge un nuovo principio di equità ed una nuova politica, a cui ostava il considerare prive d'ogni diritto le altre genti, che ormai venivano in relazione coi Romani.

Nè ostava di meno all' orgoglio romano il far partecipi della loro cittadinanza genti straniere: onde fu bisogno creare novelle regole giuridiche, mercè cui e si garentissero i diritti del non Romano, e si lasciasse inviolato quel diritto che il popolo romano per sè costituiva. Nella facoltà di governarsi secondo il diritto civile, o secondo quello delle genti, si riducono le differenze tutte della cittadinanza; e di vero il cittadino avea i diritti di persona civile, non così il peregrino, a cui dava personalità il solo diritto delle genti.

Una condizione intermedia era quella del Latino, il quale partecipava ad alcuno de' diritti civili di Roma, ed era nel resto pareggiato a' peregrini: poichè avea il *ius commercii*, come i *cives*, ed era privo, come i peregrini erano, del *ius connubii*.

Adunque il vero contrapposto del *civis* era il peregrino incapace del *commercium* e del *connubium;* persona secondo il diritto delle genti, egli rimaneva straniero, finchè un atto solenne o semplicemente giuridico non lo facesse degno della romana cittadinanza; o se mai applicar doveasi per lui qualche massima di diritto civile, v'era bisogno di ricorrere alle finzioni di diritto, dovendosi in lui supporre per alcun tempo la qualità di cittadino (§. 16. ann. 3).

Si nasceva peregrino, quando specialmente la madre fosse peregrina, qualunque fosse poi la condizione del padre; o tale si diventava per mezzo della *capitis deminutio media*, o per affrancazione contraria alla legge *Aelia Sentia*, per mezzo della quale fuvvi un'altra distinzione di peregrini, imperocchè alcuni affrancati vennero agguagliati alla condizione di quei popoli assoggettati a Roma per forza ovvero per dedizione *(dediticii)*, la condizione de' quali sottostava a quella degli altri popoli, e siffatti manumessi furon detti *dediticiorum numero ex lege Aelia Sentia* (b).

Un' altra condizione poi era quella dei Latini, i quali, come abbiam detto, in parte erano equiparati ai cittadini, in parte ai peregrini. La concessione del *commercium* è certamente un favore dato al popolo latino in preferenza degli altri socii, e che probabilmente risale alle più antiche origini del popolo romano. Ma anche in questa classe eranvi due gradazioni che nascevano dalla natura del diritto concesso; il *commercium* in vero comprende in sè due diritti distinti, la facoltà di acquistare per diritto civile, e quella di far testamento; ora queste due facoltà differenti del commercio facevano la distinzione dei Latini, che avevano tutto intero il *commercium* come i Latini del Lazio, quelli dei Comuni, ai quali era concesso il *ius latii* o i *latini coloniarii;* e di quelli che avevano sì la facoltà di acquistare per dritto civile, ma non di testare validamente. Questi Latini erano gli affrancati semplicemente *inter amicos* o per *epistolam*, gli schiavi affrancati solamente dall'obbligo di servire come quelli ai quali la legge Giulia Norbana dava la libertà latina, detta però *latini iu-*

(a) *Cic.* de off. I. c. 12.

(b) *Gai.*, I. n. 13.

Google

niani: e da ultimo Latino di questa condizione era lo schiavo affrancato che avesse avuto meno di trent'anni contro la disposizione della legge *Aelia Sentia*.

II. Come non si negava allo schiavo la possibilità di addivenir libero, neppure al peregrino e al Latino era negato lo addivenir cittadino quando che sia, anzi al Latino era accordato con maggior facilità. Ed acquistava la piena cittadinanza:

1) quel Latino delle colonie che avea esercitato la magistratura nella propria città;

2) per determinazione della legge *Aelia Sentia* quel Latino che prendeva a moglie una Latina colonaria, o una *civis* secondo la legge Giunia, e dichiarava avanti a sette testimoni di contrarre un legittimo matrimonio, acquistava allora la cittadinanza, quando presentavasi al pretore o al preside della provincia con un figlio *anniculus* ed esponeva quei fatti *(causa probare)*; il qual dritto fu da Vespasiano esteso anche ai Latini giuniani;

3) per mezzo della legge Visellia il Latino che avea servito sei anni, ridotti poi a tre, nei *vigiles* di Roma;

4) il Latino che fabbricava una casa in Roma, applicandovi una parte de' beni assegnata dalle leggi;

5) il Latino che fabbricava un mulino con forno *(pistrinum)*, e forniva Roma di farina e di pane;

6) anche la Latina che avea procreati tre figli;

7) per editto di Claudio il Latino che costruiva un vascello di determinata grandezza;

8) finalmente tutti i Latini e i peregrini potevano divenir cittadini per mezzo di speciali concessioni degl'imperatori; delle quali le più importanti furon quella della legge Giulia (664) che diede la *civitas* alle città italiche, e quella di Caracalla che la estese a tutti i cittadini dell'impero.

Pure si noti che la legge di Caracalla non tolse via interamente la differenza dei Latini e dei peregrini, poichè per le leggi antiche ancora vigenti, come la *lex Aelia Sentia*, e per effetto delle manumissioni semplici *inter amicos, ecc.* si formavano novelle schiere di Latini e peregrini. La peregrinità e la latinità non furono perfettamente abolite, che da Giustiniano (c).

APPENDICE IV.ª

Persone giuridiche.

Ne' primi tempi di Roma non v'erano persone giuridiche, perchè non richieste ancora da' bisogni civili. Erano associazioni di sacerdoti e di artigiani, che formavano comunità, ma non erano considerate direttamente come capaci di proprietà; poichè i mezzi o venivano loro somministrati dallo Stato, o erano messi fuori commercio, come le cose appartenenti al tempio. L'idea di persone giuridiche nacque primieramente quando, accresciutosi lo Stato romano, sursero dei Comuni sotto la dipendenza di Roma; ma in seguito passò alle antiche associazioni di sacerdoti, di artigiani, ai soggetti ideali, come i tempii e gli Dei, e infine per astrazione allo Stato, considerato sotto il nome di fisco. Le persone giuridiche distinguevansi in 4 classi generali; 1. Persone giuridiche che hanno un fondamento naturale e necessario. 2. Persone giuridiche volontarie, che hanno per fondamento una riunione di persone. 3. Persone giuridiche che hanno un fondamento ideale, cioè il fine per cui esistono. 4. Il fisco, che ha una natura tutt' a parte dalle altre persone giuridiche.

(c) L. unic C. de dedit. lib. toll. (7. 3).—L. un. C. de lat. lib. toll. (7. 6).—*Puchta*, O. c. §. 214. ss.

I. Tra le persone giuridiche naturali e necessarie primeggiano i Comuni, detti *Municipes* o *civitates*, dei quali ciascuno aveva il proprio territorio e la propria amministrazione, e tutti erano considerati come tanti Stati sotto la dipendenza di Roma.

Appresso vengono i villaggi *(Vici)* che non aveano indipendenza politica, ma erano capaci di possedere, e muover lite; e tengono luogo intermedio tra i Comuni e i villaggi i *Tora*, *conciliabula*, *castella*. Quando Roma conquistò le terre fuori di Italia, queste, sotto il nome di Provincia, ebbero la qualità di persone giuridiche simile a quella de'Comuni.

II. Tra le associazioni volontarie si annoverano in primo luogo le società religiose, cioè i collegi di sacerdoti, e le Vestali, che potevano acquistare, e succedere per testamento. In secondo luogo le associazioni degli ufficiali o magistrati inferiori, presto formatesi a corpi; tra cui vi ha principalmente il ceto degli *scribae* appellati anche *decuriati* dalla loro divisione in *decurie*. Questi corpi ebbero in Roma molte distinzioni e molti privilegi. In terzo luogo le associazioni degl' industriali, a cui appartenevano gli antichi corpi di artigiani, e i nuovi di pasticcieri, di barcaiuoli, e le così dette *societates*, cioè associazioni fatte per imprese industriali, come la società per l'esplosione delle mine, le società delle miniere saline e quelle per la percezione delle imposte. Infine le associazioni amichevoli *(sodalitates, sodalitia, collegia sodalitia)* surte al tempo di Catone il vecchio, che aveano per iscopo il tener conviti modesti, ma giulivi, e secondo i costumi antichi, cerimonie religiose in comune. Queste società somigliavano molto a'moderni circoli detti *club*, specialmente quando presero sembiante politico; e come furono alle volte cagioni di turbolenze, vennero quasi sempre proibite, e punite quindi come *crimen extraordinarium*.

Tutte quante le associazioni volontarie, oltre il nome generico di *universitates*, ebbero l'altro specialmente di *corpus* e *collegium*.

III. Le persone giuridiche ideali sono le fondazioni pie, le quali non hanno nei testi alcun nome speciale; quello di *pia corporazione* è moderno. Tali persone giuridiche erano rarissime ne'tempi antichi, e non aveano quel carattere ed importanza ch'ebbero di poi al tempo del Cristianesimo. Vi avea dapprima de'lasciti, delle donazioni a' tempii, e dei beni impiegati per atti di beneficenza, ma non erano altro che beni addetti a quest'uso, senza rappresentanza giuridica, e sotto la dipendenza dello Stato.

Fu il Cristianesimo che assegnò come scopo all' attività umana la carità in sè stessa e le diede corpo per mezzo di fondazioni indipendenti e durevoli. Quindi sursero le Chiese, che aveano beni proprii, distinti da'beni ecclesiastici in generale, e gl'istituti di carità destinati a raccogliere gli ammalati, i pellegrini, i vecchi, i fanciulli, gli orfani e simili: individui e proprietarii al medesimo titolo che le persone naturali o le corporazioni.

IV. Fisco. Lo Stato considerato come persona giuridica era anticamente detto *aerarium*, inquantochè, come soggetto di diritto, ricevea tutte le rendite e i tributi che si pagavano da' sudditi. Quando poi il Senato e l'Imperatore si divisero l'amministrazione dello Stato, il nome di erario rimase alla cassa di amministrazione del Senato; ed a quella dell'Imperatore si diede il nome di *Fiscus* da'panieri di vimini che si usavano a portare i tributi all' Imperatore. Il quale, avendo in seguito attribuito a sè medesimo tutte le funzioni dello Stato, fece abolire l'*aerarium*, e così *Fiscus* fu il nome con cui veniva designato lo Stato quale soggetto morale o persona giuridica.

CAPITOLO III.

DELLE COSE.

§. 30.

I. Concetto di cosa.

T. Inst. de rebus corporal. et incorporal. (2. 2). — *Schilling*, Manuale delle Istituzioni *II.* §. *50. 58.*

Intendesi per *cosa* nel suo più ampio significato tutto ciò che è o può essere obbietto di diritto, o il diritto stesso (a). In questo concetto generale fa mestieri distinguere in primo luogo quegli obbietti che hanno esistenza materiale, ossia le cose nello stretto significato, che consistono in tutto ciò che è nello spazio, che ci circonda, e che è percepito per mezzo de'sensi *(res, quae tangi possunt);* i Romani per ciò la distinguevano con le parole *res corporalis;* ed in secondo luogo le cose che non hanno esistenza materiale, e prendono perciò il nome di cose incorporali, *quae tangi non possunt, sed in iure tantum consistunt,* ossia ciò che si può percepire solamente coll' intelletto; così tutt'i diritti, e i rapporti giuridici (b).

Riunite insieme queste due idee, delle cose corporali cioè e delle incorporali si ha tutta l'oggettività del diritto.

Il concetto naturale delle cose è stato, così come quello delle persone naturali, esteso ancora più; non altrimenti che una quantità più o men grande di persone fisiche può formare un subbietto di diritto *(universitas personarum)*, una quantità più o men grande di cose, concepite in un tutto, può formare un obbietto di diritto *(universitas rerum)*. Similmente come una moltitudine di cose corporali alle volte si rappresenta in diritto come una cosa sola, così l' insieme di cose corporali ed incorporali può essere inteso come un solo obbietto (c).

(a) L. 5. pr. L. 23. de V. S. (50. 16). Rei appellatione et causae, et iura continetur.

(b) L. 1. §. 1. de divisione rerum (1. 8). *Gai.* Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt; et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.— §. 1. §. Inst. h. t.— V. anc. L. 13. §. 1. de damno infecto (39. 2).—L. 4. §. 27. de usucap. (41. 3).— *Ulp.* XIX. 11.— fragm. Vat. §. 92.

II. Importanza giuridica delle cose.

§. 31.

A. Delle cose mobili ed immobili.

1) Le cose corporali di loro natura sono mobili od immobili: queste sono le cose che perennemente stanno, e che non sono capaci di movimento nè per propria, nè per esterna forza; in tal significato il suolo è immobile (a).

2) Le cose sono ancora immobili, non per loro natura, ma per destinazione; ed in questo significato sono considerate dal diritto immobili le piante attaccate al suolo, i frutti agli alberi e simiglianti (b).

a) Le cose immobili si distinguono in rustiche ed urbane (*praedia rustica et urbana*). I Romani intendevano per fondi urbani tutti gli edificii situati in città o in campagna; fondi rustici al contrario quelli, dai quali se ne ricavano frutti; però un orto, il quale è messo con l'edificio di modo che ne forma un accessorio, è un fondo urbano (c).

I Romani adoperavano anche la voce *praedium suburbanum* per indicare quei terreni, i quali erano situati nelle vicinanze della città, che avevano coltura speciale (d).

(c) L. 18. §. 2. de hered. pet. (5. 3), *Ulp.* Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. Et placuit, universas res hereditatis in hoc iudicium venire, sive iura, sive corpora sint.

(a) L. 115. 211. 241. de V. S. (50. 16).

(b) L. 1. §. 6. de vi (43. 16). *Ulp.* Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; .... Plane si quae res sint in fundo, vel aedibus, unde quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere. — L. 3. §. 15 eod.—L. 1. §. 1 de usufr. quemadm. (7. 9).— L. 40. de act. emt. vend. (19. 1).— L. 44 de R. V. (6. 1). *Gai.* Fructus pendentes pars fundi videntur.

(c) L. 3. 4. §. 1. quibus caus. pig. (20. 2).—§. 1. Inst. de servit. (2. 3).—L. 1. pr. commun. praed. (8. 4). — L. 198. de V. S. (50. 16). *Ulp.* Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana.

2) Le cose si dicono poi mobili quando sia per forza propria sia per esterna possono mutare di luogo; se per propria si dicono *se moventes*, *moventes* se per esterna (e); tra le prime si distinguono le *ferae*, quelle che vagano liberamente; *bestiae mansuetae*, le altre che vivono con l' uomo; e finalmente *mansuefactae*, quelle che domate restano presso dell'uomo, e sono considerate come mansuete finchè restano presso di lui (f).

Le sole cose corporali vanno soggette a questa divisione, poichè le incorporali non possono essere classificate nè tra mobili nè tra gl' immobili. Pure alle volte non è inutile, anzi è indispensabile, anche per le incorporali, la medesima divisione; in questo caso si hanno i seguenti criterii: i diritti sulle cose saranno considerati mobili o immobili, secondochè il loro obbietto è un mobile o un immobile: i diritti che saranno congiunti con una cosa immobile, verranno considerati della medesima natura: i diritti di obbligazione vanno per lo più sotto il concetto di cose mobili: da ultimo quando ogni altra via manca, supplisce la volontà delle parti (g).

§. 32.

B. Delle cose in commercio o fuori commercio.

Non tutte le cose sono idonee ad essere obbietto di diritto; in questo riguardo le cose corporali vanno divise in cose in commercio, e cose fuori commercio; quelle cioè che non possono formare obbietto di diritto, e quelle che ne sono capaci.

In questo luogo bisogna ricordare le cose di diritto divino (*divini iuris*), e le cose profane (*humani iuris*) (a).

1) Le *res divini iuris* sono fuori commercio; in esse si distinguono le *res sacrae*, le *sanctae*, e le *res religiosae*.

(d) L. 16. C. de praed. min. (5. 71).

(e) L. 93. de V. S. (50. 16). *Cels.* Moventium, item mobilium appellatione idem significamus, si tamen apparet, defunctum animalium duntaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse, quod verum est. — L. 15. §. 2. de re iudic. (42. 1.).

(f) L. 1. §. 6. de post. (3. 1). §. — 12-16. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 5. §. 1. 6. de adqu. rer. dom. (41. 1).

(g) ved. L. un. §. 1. C. de usuc. transf. (7. 31). — L. 13. de R. I. (50. 17).

(a) L. 1 pr. de div. rer. (1. 8). *Gai.* Summa rerum divisio in duos articulos deducitur; nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sancta quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est, id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse.

Google

a) Le *res sacrae* erano quelle consacrate alla divinità con cerimonie religiose e con l' intervento della publica autorità (b).

b) Erano *sanctae* quelle cose le quali, come si esprime Marciano, erano assicurate contro la ingiuria degli uomini con pene private, come le mura e le porte della città (c).

c) Finalmente dicevansi *religiosae* quelle che tale addivenivano per mezzo di un fatto dei privati, e particolarmente col sotterramento di un morto, purchè vi fosse l' intenzione di rendere il luogo religioso, e non di depositare per qualche tempo il cadavere. È d' avvertire però che le cose religiose non erano internamente sottratte al dominio delle persone, in quanto queste erano nel diritto d' usare di quel luogo. Il carattere di cosa religiosa si perdeva per mezzo della publica autorità, o quando un luogo simile cadeva in potere del nemico (d).

2) Le cose *humani iuris* sono per regola in commercio, ma in alcuni casi esse di diritto o di fatto sono fuori del dominio della persona. Tali sono :

a) le cose che in fatto non hanno alcun padrone, come le *res nullius*, le fiere che si trovano nella loro libertà naturale (e);

b) le cose, la cui proprietà non è possibile per speciale loro natura, *res communes omnium*, come l'aria, il mare la pioggia, ecc. (f). Si noti che qualcheduna di queste cose disgiunta può addivenire proprietà di privati, ma perde allora il suo carattere di cosa comune (g).

(b) **L. 6. pr. de contrah. emt. (18. 1).—L. 6. §. 2. 3. de rer. div. (1. 8)—§. 7. 8. Inst. de rer. div. (2. 1). Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae et sanctae quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est. §. 8. Sacra sunt quae rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium dei dedicata sunt, quae etiam per nostram constitutionem (L. 21. C. de Sacr. eul.) alienari et obligari probibuimus excepta causa redemptionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est sed profanum. Locus autem, in quo aedes sacrae sunt aedificatae, etiam diruto aedificio sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.**

(c) **§. 10. Inst. de div. rer. (2. 1). Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini iuris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas portas , quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra legem fuerint, sanctiones vocamus. — L. 8. 9. §. 3. 4. L. 11. eod.**

(d) **§. 9. Inst de rer. div. (2. 1). Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. — ved. anc. T. D. de mort. infer. et sep. edif. (11. 8).—L. 34 de religiosis (11. 7). — L. 14 C. eod. (3. 44).**

(e) **§. 12. Inst. de rer. div. (2. 1).**

(f) **L. 2. §. 1. de div. rer. (1. 8). *Marcian.* Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa, aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. — L. 3. 4. eod.**

(g) **L. 10. eod. — L. 14. 50. de acq. rer. dom. (41. 1). — L. 3. 4. ne quid in loc. pub. (43. 8).**

c) Le cose che sono destinate all' uso publico ; come il suolo delle publiche piazze, le strade publiche ed i fiumi navigabili (h).

§. 33.

C. Delle cose fungibili e non fungibili.

1. Le cose si possono presentare alla nostra percezione, o individualmente, *species*, *certum corpus*, o come obbietti di un genere, *genus*, *incertum corpus*. Queste seconde sono appellate nei fonti *res*, *quae numero*, *pondere*, *mensura consistunt*, dette altrimenti *fungibili*, non *fungibili* le prime. Da ciò nasce che quando ne' rapporti giuridici si pretende una determinata cosa, ossia quando la cosa si presenta nella sua individualità, il promettente non potrà sostituire a quella pretesa un'altra cosa, allora è non *fungibile*; quando invece è indifferente se venga data una cosa piuttosto che un' altra, o si ha facoltà di sostituirne un' altra della medesima qualità e quantità, allora *functionem recipit*, ed è *fungibile* (a).

2. Questa distinzione ne ha generata un' altra; le cose *fungibili* in massima parte si sono appellate consumabili, non consumabili le altre. Questa distinzione, sebbene sembra che nasca dalla prima, pure deve essere giuridicamente distinta, perchè non sempre è il caso che le cose fungibili siano consumabili, e per converso (b); ed anche perchè si trovano le due locuzioni usate in senso diverso in varii istituti giuridici. È cosa consumabile quella che con l' uso cambia la sua natura.

• Una cosa *fungibile* per eccellenza è la moneta, la quale non si presenta mai nella sua individualità, ma sempre nel suo valore.

(h) L. 1 §. 21. 22. ne quid in loc publ. (43. 8). *Ulp*. Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Graeci Βασιλικάς (*regias*), nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidem dicunt; quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. — L. un ut in flum. publ. (43. 14).— L. 1. §. 3. de flum. (43. 12). *Ulp*. Fluminum, quaedam publica sunt, quaedam non; Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit ; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

(a) L. 54. de V. O. (45. 1). — L. 6. pr. de rei vind. (6. 1). — L. 1. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2).—26. C. de usuris (4. 32).—L. 29. de solut. (46. 3).— L. 2 §. 1 de reb. cred. (12. 1): *Paul*. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

(b) L. 30. §. 6. de legat. (30). — L. 34. §. 4. eod. — L. 37. pr. V. O. (45. 1). — §. 2. Inst. de usufr. (2. 4).

§. 34.

A. Delle cose dividue ed individue.

Le cose vanno distinte inoltre in divisibili ed indivisibili (*dividuae et individuae*). Quantunque le cose sieno per natura divisibili all' infinito, pure in diritto si dicono indivisibili quelle cose, la cui divisione venga a distruggerne la sostanza, o a diminuirne il valore totale. Pur ciò nonpertanto le cose si rappresentano in diritto o *pro parte divisae o pro indivisae.*

1) Le cose sono divisibili (*pro parte*), quando la cosa veramente si divide, sicchè da un tutto se ne fanno varie parti, delle quali ognuna da sè rappresenta un tutto: e qui bisogna fare la distinzione tra cose mobili ed immobili, in queste la divisione è possibile per mezzo di confini nei fondi, e di muri negli edificii, o di linee, in modo che ognuna delle parti si rappresenta come un tutto distinto; nelle cose mobili non è possibile, dacchè ognuna si rappresenta in natura come un tutto a sè (a) eccetto le cose fungibili.

2) Le cose possono dividersi idealmente (*partes pro indiviso*), o sia quando una cosa mobile od immobile tutta intera appartiene a molti, de' quali ciascuno ha solo una parte ideale, e non materiale della cosa medesima (b). Questa parte ideale in sè stessa non è veramente una parte della cosa, ma bensì una parte del diritto sulla cosa, ed in questo senso tutte le cose corporali ed incorporali, tranne alcune (*id est, unitum vocatur*) come certe servitù, sono divisibili (c).

(a) L. 19 pr. commun. divid. (10. 3). *Paul.* Arbor quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt, nec in communi dividundo iudicium veniunt; sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet.

(b) L. 5. de stipul. servorum (45. 3). *Ulp.* Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. — V. L. 64. §. 4. de evict. (21. 2). — L. 5. §. 15. commodati (13 6).— L. 25. §. 1 de V. S. (50. 16). *Paul.* Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. — L. 26. de acquir. vel. am. poss (41. 2).

(c) L. 25 quib. mod. usuf. (7. 4). — L. 1. §. 9. ad leg. Falc. (35. 2). — L. 2. §. 1. 2. L. 72 de V. O. (45. 1). *Ulp.* Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, ceterarumque servitutum, etc.

§. 35.

B. Delle cose singole e complessive.

Le cose possono, secondo Pomponio, essere unite in tre modi:

1) Organicamente (*res unitae*); ed in questo caso le parti componenti questo tutto sono tra loro così coordinate che una dipende necessariamente dall' altra, allora si avrà la cosa singola.

2) Le cose possono essere numericamente e meccanicamente unite (*res connexae*), ma non così che una dipende necessariamente dall'altra.

3) Finalmente le parti di un tutto possono essere non unite materialmente in nessuna esterna coerenza, ma vengono unite idealmente, cosicchè esse, mentre ognuna si considera un tutto per se stessa, formano insieme un tutto ideale (*universitates rerum*) (a).

Qui però è da riflettersi che i Romani appellevano *universitas rerum* anche le cose connesse (b), e di qui la distinzione tra le *universitates rerum cohaerentium*, e *universitates rerum distantium.*

ANNOTAZIONE

Per ciò che riguarda la *universitas rerum* si fa comunemente distinzione tra *universitas iuris et universitas facti;* la prima sarebbe il patrimonio preso nell' insieme, e pel quale è fondata un'*actio in rem universalis;* onde sarebbe la massima *res succedit in locum pretii, et pretium succedit in locum rei*. Per l'esattezza di una simile teoria si cita un passo dei Digesti (b), reputandosi *universitates iuris* la eredità, ossia tutto il patrimonio del defunto, ed il peculio, ossia il patrimonio di una persona soggetta alla potestà di un'altra. Le *universitates facti* al contrario sarebbero tutte le altre *universitates rerum distantium*, appunto perchè per esse non è applicabile la sopraddetta massima caratteristica, come p. e. una gregge, una biblioteca, ecc.

Quantunque questa teoria paia a prima vista fondata, bisogna nondimeno dichiararsi contrarii a sì fatta divisione, come quella che si colloca sopra un testo franteso, e che potrebbe condurre ad erronee conseguenze (c). È mestieri dunque che si consideri :

(a) L. 30 pr. de usurp. et usuc. (41. 3). *Pomp.* Tria genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocantur, ut homo, tignum, lapis, et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

(b) L. 23 pr. de usuc. et usurp. (41. 3). — L. 1 §. 11. de acquir. rer. dom. (41. 1).— L. 8 quod vi aut clam (43. 24).

(b) L. 20. §. 10. de hered. pet. (5. 3).

(c) V. *Mühlenbruch*, Obs. iuris rom. Reg. 1818. c. 1.

1) La regola: *in universitatibus res succedit in locum pretii, et pretium succedit in locum rei* ha origine dal senatoconsulto Giuvenziano sotto Adriano sulla questione; che cosa dovrebbe restituire il possessore della eredità (d)? Il significato di questa massima è puramente il seguente. L'erede ha facoltà, ma non obbligo, di pretendere dal possessore dell'eredità il prezzo di una cosa ereditaria venduta da quest'ultimo, ed il lucro fattone, ed a questo riguardo è detto: *in locum hereditariae rei venditae pretium ei successisse, et quedammodo ipsum hereditarium factum*. Di qui si scorge chiaramente essere il significato di questa regola abbastanza ristretto nella *hereditatis petitione;* imperciocchè l'erede, eccetto qualche caso speciale, ha sempre il diritto di rivendicare le cose ereditarie dal terzo possessore. Si è voluto estendere questa regola mal compresa alle altre università per la leg. 20. §.10. cit., la quale così si esprime: *Non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed in peculio castrensi, vel alia universitate*, che si è voluto interpretare in questa guisa: il senatoconsulto vale non solo in riguardo alla petizione dell'eredità promossa dal successore universale, ma ancora riguardo all'*actio in rem universalis*, con la quale il figlio di famiglia chiede il peculio che gli appartiene; e per altre simiglianti università di diritto. Tutto ciò è erroneo, giacchè, come dottamente prova il *Mühlenbruch* (e), l'interpretazione è piuttosto la seguente: il senatoconsulto trova la sua applicazione non solo riguardo alla vera eredità, ma anche per le altre successioni universali, come la successione del peculio castrense, ed altre ancora (come la *bonorum possessio, bonorum emtio, etc.)*. Per questa giusta interpretazione appare di per sè impossibile qualunque estensione della regola, applicata così ristrettamente alla petizione di eredità.

2) Dalla medesima legge 20 prende nascimento l'altra caratteristica della così detta *universitas iuris*, cioè che sia il patrimonio di un individuo, pel quale è riconosciuta un'*actio in rem universalis*. Il che sarebbe possibile solamente a condizione che pel peculio e per le altre università potesse aver luogo un'azione universale simile a quella che ha l'erede in riguardo alla eredità. Quanto fondamento siavi in ciò si rileva dalla lettura del passo citato, nel quale l'azione è data esclusivamente per la petizione della eredità. Il peculio, che pure si ricorda come una delle principali università di diritto, non ha tale azione universale: onde espressamente è detto, non darsi una *vindicatio peculii*, ma vendicarsi solamente le *singulas res*. (f). In conchiusione risulta, che i caratteri dati all'*universitas rerum iuris* non sono che proprio dell'eredità, e che erroneamente si son voluti estendere alle altre università. Se al contrario si volesse reputare la sola eredità come *universitas iuris*, a causa di tale carattere, non vi sarebbe nulla ad opporre, ma sempre più ragionevole sarebbe dare il concetto della università di cose, senza impigliarsi nella mal fondata distinzione *iuris et facti*.

È da aggiungere nondimeno, che fa d'uopo distinguere in ciascun fatto speciale, se l'università possa essere giuridicamente ritenuta come un tutto, o se venissero in considerazione le singole cose che la compongono. Nel primo caso l'*universitas rerum* somiglierebbe all'*universitas personarum*, stantechè in questo modo si avrebbe un nuovo obbietto ideale di diritto, il quale è da distinguersi da ciascuno degli obbietti, dai quali è composto, rimanendo lo stesso anche se si operasse un cambiamento o una diminuzione nelle parti componenti. Tutt'altro è nel secondo caso, inquantochè ne' rapporti giuridici vengono sempre considerate le parti, che unite formano l'università, e che per caso e non essenzialmente vanno sotto nome collettivo. Per il primo caso si potrebbe ben adoperare l'espressione di *universitas iuris*, pel secondo il nome di *universitas facti*. Quando abbia luogo l'una o l'altra non può determinarsi con regola generale, ma può concepirsi solamente secondo la natura dei rapporti giuridici, e l'intenzione delle parti. Non vi ha adunque università, la quale assolutamente abbia il carattere di *universitas iuris* o *facti*, ma ciascuna delle molteplici università può secondo le circostanze ora prender l'uno ed ora l'altro carattere. Così verbigrazia:

(d) L. 20. §. 6. ss. L. 22. 25. de hered. pet. (5. 3).

(e) O. c. pag. 338.

(f) L. 56. de rei. vind. (6. 1). *Iulian.* Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.

1) Nella teoria del possesso ed in quella dell' usucapione che ne dipende, non si dà *universitas iuris*, imperocchè è impossibile che si possedesse una cosa ideale; non si possiede nè si prescrive p. e. una gregge come tale, ma i singoli animali, e, se tra questi vi fosse una *res furtiva*, sarebbe impossibile per essa l'usucapione, laddove che sarebbe tutt'altro se potesse mai considerarsi come *universitas iuris*.

2) Quando l'università è obbietto di una vendita si può congetturare dall'intenzione delle parti, se la *universitas* è *iuris*, *aut facti;* se si trattasse p. e. della vendita di una biblioteca, e l'intenzione delle parti fosse quella di vendere e comprare la biblioteca senz'attendere ai volumi singolari che la compongono, è allora una *universitas iuris*; e la conseguenza sarebbe che non si potrebbe muovere azione in caso di evizione o per vizio occulto di qualche volume; laddove che sarebbe il contrario se l'intenzione delle parti desse motivo a considerarla come *universitas facti* (g).

F. Delle cose principali ed accessorie.

§. 36.

1) Delle Pertinenze.

Tra le cose accessorie, quelle cioè che, non avendo esistenza indipendente, sono collegate con altre o ne dipendono giuridicamente, è mestieri far parola prima delle pertinenze, le quali sono cose connesse alla principale in modo da formarne parte, quantunque ne avessero differente natura.

La qualità di pertinenza nasce tutta dalla dipendenza ed unione con altra cosa, a cui fu necessariamente destinata, e per la quale fu già messa in uso (a).

(g) *Vangerow*, Pand. §. 71.

(a) L. 13. §. 31. L. 17. §. 7. 8. de act. emt. vend. (19. 1). *Ulp.* §. 8. Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quae terra continentur, quamvis non sint affixa, aedium esse constat. §. 9. Item constat, sigilla, columnas quoque et personas, ex quarum rostris aqua salire solet, villae esse.

In questa relazione possono essere unite cose immobili con immobili, come mobili con mobili, come ancora mobili con immobili (b); senza esser necessario che fra loro lo siano corporalmente o meccanicamente (c). Così sarà pertinenza di un fondo tutto ciò ch' è congiunto al suolo, come gli alberi, gli edifizii, i frutti pendenti, ecc. (d). Ancora sarà pertinenza di un edificio non pure tutto ciò ch' è unito con esso (*fixa vincta*), ma quello ch' è destinato all' uso esclusivo dell'edificio medesimo, eccetto gli addobbi (e).

L' importanza giuridica della distinzione di cosa principale od accessoria viene da questo principio, che l'accessorio segue il principale. Onde nella vendita della cosa principale s'intende venduta nel tempo medesimo ogni sua pertinenza; come rivendicandosi la cosa principale, non vi è bisogno di un' azione speciale per rivendicarne le pertinenze.

§. 37.

2) Delle Spese.

T. D. de usuris et fructib. (22. 1).

Spesa (*impensa*) è tutto quello che s' impiega per vantaggio di una cosa.

Le spese sono *necessariae*, *utiles*, o *voluptuariae*: 1) necessarie sono quelle che sono impiegate per non far perire o deteriore la cosa; 2) utili quelle che servono a migliorarne lo stato; 3) voluttuarie finalmente quelle che le dànno ornamento e bellezza senza alcuna necessità (a).

(b) L. 52. §. 3. de act. em. vend. (19. 1).—L. 91. §. 3. 5. 6. de legatis (32). *Papinian*. §. 3. Qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit, ac postea domum legavit; si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legata continebitur. — L. 3. §. 11. L. 4. pr. de pen. legata (33. 9).

(c) L. 17. pr. de act. emt. vend. (19. 1.)

(d) L. 44. de rei vind. (6. 1). *Gaius*. Fructus pendentes pars fundi videntur.—L. 16. pr. de pign. et hyp. (20. 1).

(e) L. 21. de iust. leg. (33. 7). — L. 14. de supell. leg. (33. 10). — L. 17. de act. emt. vend. (19. 1.) — L. 242. §. 4. L. 245. de V. S. (50. 16). *Pomp*. Statuae affixae basibus structilibus, aut tabulae religatae catenis, aut erga parietem affixae, aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium, ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur.

(a) L. 1. §. 1. L. 14. de impens. in res. dot. (25. 1).—L. 79. de V. S. (50. 16). *Paul*. Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. §. 1. Utiles impensas esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant; ex quibus reditus mulieri acquiratur, sicuti arbusti pastinatione ultra quam necesse fuerat . . . . . . §. 2. Voluptuariae sunt, quae species duntaxat ornant, non etiam fructum augent ut sunt viridia, et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.

Quanto agli effetti colui che ha fatto le spese, non ha azione diretta per farsene risarcire; ma in luogo del *ius agendi*, il diritto gli riconosce un *ius retinendi*, ed un *ius tollendi*.

1) Per le spese necessarie si può sempre e in ogni caso esercitare il *ius retentionis*, ossia si ha facoltà di ritenere la cosa, fino a che le spese non sieno ristorate. Questo diritto, eccetto nel caso di furto, è dato a tutti, sieno possessori di buona, sieno di mala fede (b).

2) Per le utili non si ha regola certa, ma è comunemente accettato che il possessore di buona fede abbia il medesimo diritto di ritenere la cosa; che quello di mala fede al contrario non abbia che la facoltà di togliere dalla cosa quello che fu impiegato per migliorarla (*ius tollendi*) (c).

3) Finalmente per le spese voluttuarie il possessore di buona fede ha il *ius tollendi*, quello di mala fede diritto nessuno.

Generalmente poi il *ius tollendi* non può essere esercitato che con le seguenti condizioni:

a) che la separazione sia fatta senza deteriorazione della cosa principale; b) che la separazione non sia fatta *animo nocendi;* c) che finalmente il proprietario della cosa non prescelga di risarcire le spese.

§. 38.

3) De' Frutti.

T. D. De usuris et fruct. (22. 1). T. C. de fruct. (7. 51).

Frutti nello stretto significato sono i prodotti organici della cosa, che servono poi essenzialmente al godimento della persona *(fructus naturales)* (a). In più ampio significato sono ancora quei prodotti, che non derivano da forza interna, ma dall'uso che altri faccia della cosa; e così si dicono frutti i censi, le pigioni, le usure, ecc. *(fructus civiles)* (b). Quando per contrario i prodotti anche organici sieno di tal natura che non possa godersene nel senso legale, non vanno annoverati tra'frutti, come il parto di una schiava (c). Diversa distinzione è quella di frutti naturali e frutti industriali; questi secondi sarebbero quelli prodotti per virtù dell'industria umana (d).

(b) L. 13. de cond. furt. (13. 1). — L. 5. C. de rei vind. (3. 32). — L. 1. C. de infant. exposit. (8. 52). *Alexand.* Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscriptitiae tuae expositus est, repetere eum non prohiberis. Sed restitutio eius, si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut, si qua in alendo eo, vel forte ad discendum artificium iuste consumta fuerint, restituas.

(c) L. 5. C. de rei vind. (3. 32). — L. 38. de rei vind. (6. 1).

(a) §. 37. Inst. de rer. div. (2. 1). — §. 4. Inst. de usu. et hab. (2. 5). Sed si pecoris, veluti ovium, usus legatus, neque lactis, neque agri neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt: plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest. — L. 77. de V. S. (50. 16).

(b) L. 29. de her. pet. (5. 3). *Ulp.* Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item vecturae navium et iumentorum. — L. 62. pr. de rei vind. (6. 1). — L. 19. pr. L. 34. 36. 38. §. 13. h. t. Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari.

1) I frutti diconsi pendenti quando sono attaccati agli alberi; essi non hanno propria oggettività, formando parti integranti dell'albero al quale sono attaccati, e da cui necessariamente dipendono (e). Appena separati, acquistano una individualità propria e distinta dalla pianta; e non sono, come da alcuni si crede, parti separate dell'albero.

2) I frutti sono separati o percepiti; i secondi son quelli, che il possessore ha fatto suoi, o che ha separati con qualche atto suo proprio. Quantunque questa distinzione torni sottile all'intelligenza, avvenendo il più delle volte la separazione e la percezione nel medesimo tempo, pure si troverà adeguatamente vera, considerando che l'atto della separazione debbe necessariamente precedere quello della percezione. Reca altresì conseguenze giuridiche assai diverse: così il possessore di buona fede acquista la proprietà de' frutti per mezzo della separazione, laddove altri, come l'usufruttuario, l'acquista solamente con la percezione (f).

3) I frutti sono inoltre o *percepti* o *percipiendi; percipiendi* sono quelli che si sarebbero potuto percepire, se si fosse stato diligente; o pure quelli, che il proprietario avrebbe percepiti, se fosse stato in possesso del fondo. Questa distinzione è importante nella materia della restituzione de' frutti (g).

4) Finalmente i frutti sono esistenti o consumati *(exstantes, consumpti);* i primi son quelli che si trovano ancora in ispecie presso il possessore, gli altri son quelli già goduti o consumati; anche questa distinzione è importante per la restituzione de'frutti, giacchè mentre il possessore di buona fede è obbligato a restituire i soli *exstantes*, quello di mala fede è condannato anche alla restituzione de'frutti consumati (h).

(c) L. 28. §. 1. h. t. *Gaius.* Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

(d) L. 45. h. t.

(e) L. 44. de rei vind. (6. 1). *Gaius.* Fructus pendentes pars fundi videntur.

(f) L. 13. quib. modis usuf. (7. 4). *Paul.* . . . . Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox, quam a solo separati sint.—L. 25. pr. h. t.

(g) L. 62. §. 1. de rei vind. (6. 1). *Papin.* Generaliter autem, quum de fructus aestimandum quaeritur, constat animadverti debere, non an malaefidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Iulianus probat.

(h) §. 35. Inst. de div. rer. (2. 1).—L. 22. §. 2. de pig. act. (13. 7).—L. 22. C. de rei vind. (3. 32). *Diocl.* et *Maxim.* Certum est, malaefidei possessores omnes fructus solere, cum ipsa re praestare, bonaefidei vero extantes, post litis autem contestationem universos.

§. 39.

4) Delle Usure.

T. D. de usuris, etc.—T. C. de usuris (4. 32). — *Salmasius*, De usuris liber. Lug. Bat. 1639.—*Nood*, De foenore et usuris libri III.—*Savigny*, Sist. VI. pag. 122.

Usura è quell'equivalente che si paga pel godimento di una quantità di cose *fungibili*. L'obbligo dell'usura non è mai indipendente, ma suppone sempre un'altra obbligazione principale, di cui l'oggetto consiste in una quantità di cose *fungibili*, ed in particolar modo nella moneta, che prende il nome di capitale *(caput, sors)*; l'usura inoltre dev'essere della medesima natura; e se fosse qualche cosa non *fungibile*, sarebbe vietata dalle leggi (a).

L'usura ha dunque un carattere tutto accessorio; onde le seguenti conseguenze:

1) Appena si estingue la obbligazione principale, si estingue ancora l'accessoria delle usure.

2) Quando per mezzo di prescrizione si estingue l'obbligazione principale, non si può far più parola di usura, neppure per le arretrate, giacchè la loro estinzione succede *ex tunc* (1).

Le usure si originano o immediatamente dalla legge *(usurae necessariae)*, ovvero hanno origine da private disposizioni *(usurae voluntariae)*, e specialmente per ultima volontà e per contratto (b).

1) La legge indipendentemente dalla volontà de' privati può ammettere le usure, anche per pena; così vengono per pena:

a) in caso di mora, dal momento della *litis contestatio;*

b) per i mandatarii che usano a loro profitto il denaro ricevuto dal mandante;

c) finalmente pel debitore che trascura di pagare il capitale anche dato senza interesse (c).

Si ammettono gl'interessi legali nello stretto significato: 1) a favore del mandatario che ha impiegato proprii capitali in vantaggio del mandante; 2) a favore del fisco il quale riscuote sempre interessi; 3) a favore dei pupilli; 4) quando il negoziante ha ricevuta la merce e non ne ha pagato il costo, è obbligato agli interessi, dal giorno stesso che ricevè la merce; 5) quando si è promessa una dote, gl'interessi cominciano a correre due anni dopo la celebrazione del matrimonio (d).

(a) L. 23. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis; incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.— L. 121. de V. S. (50. 16).

(b) L. 3. §. 6. de ann. leg. (33. 1). — L. 17. pr. 41. §. 2. h. t. — L. 24. de praesc. verb. (19. 5). — L. 1. 3. C. h. t — conf. L. 12. L. 30. h. t.

(c) L. 10. §. 3. mand. vel cont. (17. 1). — L. 7. §. 4. 10. 12. de admin. et per. tut. (26. 7). — L. 19. §. 4. de negot. gest. (3. 5). — L. 1. §. 1. L. 32. §. 2. h. t. *Marc.* In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.

2) Le usure diconsi volontarie quando dipendono dalla volontà delle parti, le quali nelle relazioni giuridiche, e specialmente nei contratti possono stipularle secondo i loro interessi. Sono dette volontarie, per l'arbitrio che hanno i privati di convenirle o no; ma quest' arbitrio non è già senza misura: le leggi al contrario segnano il limite del massimo nel 6 per 100 l'anno, oltre il quale le usure sarebbero illecite. Oltre di che non si può esigere una somma d'interessi arretrati, che sia maggiore di quella del debito principale (e) (2).

3) Colui che viola queste disposizioni di legge, è un usuraio, ed il negozio giuridico, in quella parte che apertamente od occultamente loro contrasta, non vincola, ed è affatto nullo. Le usure pagate oltre la misura legale, *ipso facto* diminuiscono il capitale; o si genera, quando questo fosse di già pagato, un'azione per ripetere l'eccesso (f).

Affinchè non si potesse eludere la legge fu particolarmente stabilito non doversi prendere anticipazioni d'interessi sotto pena di diminuzione della somma prestata: dall'altra parte ciò era qualche volta permesso in pro del debitore, qualora il pagamento era fatto prima del tempo della scadenza, ammesso sempre che non fosse per mascherare usure illecite (g).

4) Quanto alla misura degl' interessi vi sono le seguenti eccezioni. a) I negozianti e fabbricanti possono esigere l'8 per 100. b) Le persone illustri o di alto ordine sociale possono stipulare solamente il 4 per 100. c) Nel *foenus nauticum* o in simili contrattazioni le usure rimasero al mas-

---

(d) L. 17. §. 5. 6. L. 43. h. t.—L. 12. §. 9. mand. (17.1).— L. 87. §. 1. de legatis (31).— L. 13.§.20.de act. emt. vend. (19. 1).—L. 5. C. eod. (4. 49).—L.31.§.2.C. de iure dot. (5. 12).

(e) L. 10. C. h. t. *Antonin.* Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli contemplationem. Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. — Ved. L. 27. §. 1. eod. — L. 26. §. 1. de cond. indeb. (12. 6).

(f) L. 44. h. t. *Modest.* Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.—L. 13. §. 26. de act. emt. vend. (19. 1).—L. 29. L. 9. pr. h. t.—L. 18. 26. §. 1. C. h. t. *Iustin*...... Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur, interdicta licentia creditoribus, ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscumque gratia.— L. 3. §. 6. de ann. leg. (33. 1).

(g) L. 26. §. 1. C. h. t. — L. 57. pr. de pactis (2. 14). *Florent.* Qui in futurum usuras a debitore acceperat tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.—L. 2. §. 6. de dol. exc. (44. 4). — Ved. not. pr.

simo come nell' antico diritto (12 per 100), il che fu riconosciuto anche in due casi, cioè per le *usurae rei iudicatae*, e per riparazioni fatte per una casa in condominio. d) Finalmente per i villici non si poteva stipulare al di là del 4 per 100 (h).

5) Quanto al mezzo di esigere le usure, bisogna distinguere le necessarie dalle volontarie; le prime si considerano come un'estensione del debito principale, e si debbono ripetere con la medesima azione della obbligazione principale; di maniera che se l' attore nell' esercizio dell' azione principale non avesse reclamato gl'interessi, non lo potrebbe far di poi, non avendo altra azione distinta da quella già consumata nel giudizio sulla obbligazione principale (i). Dall'altra parte nelle usure volontarie, sebbene l'obbligazione degl'interessi fosse di natura accessoria, è nondimeno obbligazione distinta, onde anche dopo il giudizio sulla obbligazione principale, l'attore potrà reclamare gl'interessi con separata azione (k).

ANNOTAZIONI

(1) Nel caso che vi sia un debito putativo tanto del capitale quanto delle usure, in rapporto alla restituzione dell' indebito bisogna distinguere i seguenti casi :

1) Quando un individuo non è debitore, ma per errore paga le usure, egli potrà sempre ripeterle anche quando riteneva dato senza usure il supposto capitale, e paga perciò scientemente (l).

2) Quando uno è debitore di un capitale dato senza interesse, e con tutto ciò paga le usure, non le potrà ripetere, ciò indifferentemente se paga per errore o scientemente (m). *Weber* in una monografia contraddice a questo principio, poichè nella legge citata, secondo lui, sarebbe contemplato il caso, quando uno paga scientemente le indebite usure (n). Questa opinione ha per fondamento una distinzione fatta in una legge, che parla nella maniera più assoluta, il che sarebbe opposto alla

(h) L. 26. §. 1. C. h. t.—L. 2. 3. C. de usurae rei iud. (7. 54).—L. 4. C. de aedif. priv. (8. 10).

(i) L. 4. C. depositi (4. 34). *Alexand.* Sed si quum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potest propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur.—L. 13. C. h. t. — L. 49. de act. emt. vend. (19. 1).

(k) L. 1. C. de iud. (3. 1) *Severus* et *Antonin.* Iudicio coepto usurarum stipulatio non est peremta, superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. — L. 41. 1. 2. h. t.

(l) L. 26. §. 2. de cond. indeb. (12. 6). *Ulp.* Si quis falso se sortem debere credens usuras solverit, nec videtur sciens indebitum solvisse.

(m) L. 26. pr. de cond. indeb. (12. 6). *Ulp.* Si non sortem quia, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit; sed si supra modum legitimum solvit, Divus Severus rescripsit, quo iure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum; et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid, si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere.

(n) Ved. Saggi civili p. 316.; de usuris indebitis solutis §. 124.

nota regola d'interpretazione: *lege non distinguente nec nostrum est distinguere;* chè, se si volesse portare distinzioni e suddistinzioni nelle fonti, nella legge in discorso per mezzo di un argomento *a contrario* delle prime parole si potrà giungere al risultato, che un individuo, il quale scientemente paga un capitale, potrà ripeterlo, il che non ammetterà certo il *Weber*. L'errore di questo giurista nasce massimamente dall'aver voluto scorgere un'analogia tra la obbligazione principale e quella accessoria delle usure, e così, potendo ripetersi un capitale indebitamente pagato per errore, si potranno ancora ripetere gl'interessi anche per errore pagati. Tutto ciò starebbe bene, se gl'interessi del diritto romano non fossero messi sotto un altro ordine d'idee; di fatti la obbligazione delle usure appartiene piuttosto a quei doveri di gratitudine per un beneficio ricevuto, ai quali i Romani il più delle volte concedevano effetti giuridici (o); il che si scorge chiaramente dalla *tacita antichresis*, cioè in caso che uno avesse preso una somma senza promettere interessi, ed avesse dato in pegno una cosa fruttifera, in questo caso i frutti raccolti si ritengono come interessi, benchè non stipulati.

3) Finalmente si può dare un altro caso, cioè che tanto il capitale quanto gl'interessi sono fondati, ma si paga al di là del *maximum* dalle leggi stabilito. A questo proposito non è inutile trascrivere due passi di Paolo: *usurae supra centesimam solutae sortem minuunt; consumpta sorte, repeti possunt*, ed altrove: *usurae, quae centesimam excedunt* PER ERROREM *salutae, repeti possunt* (p). A questo proposito si fece la distinzione tra il pagamento delle usure fatte scientemente, e quelle fatte per errore, e, mentre in quest'ultimo caso si vide assolutamente fondata la *condictio indebiti*, nel primo caso per le usure indebite si negò l'azione di ripetizione, giacchè diminuiscono il capitale progressivamente; e solamente quando il capitale è consumato perfettamente, allora si potrà ripetere il resto. Questo sarebbe possibile, a voler essere strettamente logici, quando le usure si fossero pagate prima del capitale, ma non quando si fossero pagate dopo o nel medesimo tempo, e perciò una opinione più mite permette una ripetizione delle usure indebite anche quando si siano pagate prima del capitale (q). Questa opinione fu riconosciuta dalla legge per mezzo di un rescritto di Filippo (r), che nel medesimo tempo tolse di mezzo quella distinzione, *exclusa veteris iuris varietate* (s).

(2) Non si potrebbero ben comprendere i fonti se non si seguissero le fasi, che subirono le usure nella storia del diritto romano. La più antica misura degl'interessi è il *foenus unciarum*, che fu introdotto nelle leggi delle XII Tavole (t), il che equivaleva alla dodicesima parte del capitale, che calcolato secondo l'anno Romuleo di 304 giorni, importerebbe l'8 per 100. Posteriormente il plebiscito Genucio nel 412 vietò i contratti ad interesse per i soli Romani, il quale divieto fu esteso a tutti, anche ai contratti tra latini e peregrini, per mezzo della legge Sempronia nel 561. Se-

---

(o) V. *Seneca*, epist. 81. *ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris* — V. anc. *Thibaut*, Saggi II. diss. 5. n. 3.

(p) *Paul.* R. S. II. 14. §. 2. 4.

(q) L. 26. pr. de cond. ind. ved. not. l.

(r) L. 18. C. h. t. *Philip.* Indebitas usuras (etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint), licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.

(s) V. *Vangerow*, O. c. I. §. 76. ann. 2.

(t) *Tac.* ann. VI. 16.

condo queste leggi i contratti ad interesse conchiusi non erano nulli, ma davano diritto al debitore ad una penale tendente al quadruplo. Posteriormente dal plebiscito Gabinio nell' anno 687 fu vietato anche per le provincie il prestito ad interesse. Si credette più utile limitare le usure ed annullare nel medesimo tempo quelli, i quali sorpassavano la misura data (u). Queste usure furono le centesime, *maximae, legitimae usurae*, fondandosi sugli editti de' magistrati; eccettuato fu l'equivalente del godimento di una moneta che correva sommo pericolo, particolarmente in caso di spedizione per mare, *pecunia traiectitia*, poichè in questo caso la quantità degl' interessi (*foenus nauticum*) fu lasciata libera al consenso delle parti (v). Le usure centesime importavano il 12 per 100, dette così, giacchè ogni mese pagavasi l'uno per 100.

Affinchè si determinassero bene le usure più miti, si considerò la quantità degl' interessi come asse, del quale ciascuna parte si appellava oncia. Diviso adunque l'asse in dodici oncie, si hanno queste combinazioni; *uncia* $\frac{1}{12}$); *sextans* (*sexta assis pars*= $\frac{2}{12}$); *quadrans* (*quarta assis pars* = $\frac{3}{12}$); *triens* (*tertia assis pars*= $\frac{4}{12}$); *quincunx* (*quinque unciae* = $\frac{5}{12}$); *semis* (*semiassis*= $\frac{6}{12}$); *septunx septem unciae* = $\frac{7}{12}$); *Bes* (*bis triens*= $\frac{8}{12}$); *dodrans* (*dequadrans* i. e. *as demta quadrante* = $\frac{9}{12}$); *dextans o decunx* (*desextans decem unciae* = $\frac{10}{12}$); *deunx demta uncia* = $\frac{11}{12}$); e finalmente le centesime usure ch'era il massimo degl' interessi.

Per la qual cosa si diranno *usurae trientes* la terza parte dolle usure centesime, ossia il 4 per 100, e *besses* le due terze parti che sarà 8 per 100, le usure *quadrantes* il 3 per 100, le *semisses* il 6 per 100, ecc. (x).

§. 40.

5) Divieto dell' Anatocismo.

Il limite dell'usura era stato in gran parte consigliato, per evitare che quella divenisse troppo gravosa per il debitore; ma lo stesso danno seguiva quando il debitore avesse solamente trascurato per molti anni di dare le usure di un capitale dato ad interessi; anzi in questo caso il debito si accresceva fuor misura, giacchè gl'interessi si accumulavano, e, pel ritardo, generavano altri interessi; la qual cosa appellavano i Romani *anatocismus*. Permesso illimitatamente dal diritto antico, ristretto da'Pretori ad un anno (*anatocismus anniversarius*) (a), l'anatocismo fu poscia vietato, ed il divieto di queste *usurae usurarum* venne rifermato da Giustiniano (b). Pure avvengono casi nel diritto, che possono essere presi come un anatocismo tacito: così quando il debitore paga gl'interessi e li ritiene come capitale, questo si accresce di fatto; imperocchè quelle usure perdono il loro carattere come tali, e diventano capitali. Similmente il tutore nel dare i suoi conti, condannato, deve restituire non solo gl' interessi di un capitale del pupillo, ma ancora gl' interessi d'interessi. Anche in questo caso l'anatocismo è apparente, poichè, essendo obbligo del tutore di collocare sempre i capitali del pupillo, si suppone ch'egli avesse esatte annualmente le usure, e collocata questa moneta a capitale.

(u) *Paul.* Receptae Sent. II. 14. §. 2. 1.

(v) V. *Puchta*, Istituzioni, II. §. 261.

(x) *Niebuhr.* Storia romana, V. III. §. 61.

(a) *Cic.* ad Att. V. 21. 11.

CAPITOLO IV.

DEI FATTI GIURIDICI.

§. 41.

Concetto generale.

Ogni atto o movimento della umana volontà che si produce nel mondo esteriore, è un fatto, il quale, quando seco trae conseguenze giuridiche, appellasi fatto giuridico. Questo atto, che ha per suo fondamento la volontà, può manifestarsi positivamente in quanto tende a qualche cosa, e può invece produrre effetti giuridici dal perchè si astenne dal manifestarsi, ossia non si è prodotto fatto alcuno (omissione), ed in questo rapporto le omissioni sono considerate dal diritto come vere azioni producenti effetti giuridici. Il movimento della volontà può essere interno ed esterno; il primo non ha importanza alcuna, poichè il solo atto esterno, il fatto, può produrre conseguenze giuridiche; pure l'atto interno, o la elezione della volontà può essere presa in considerazione, in quanto che il fatto deve corrispondere alla causa che lo produsse, o all'atto intimo della volontà. Finalmente i fatti possono essere leciti ed illeciti, questi sono

---

(b L. 26 §. 1 de cond. ind. (12. 6).—L. 27 de re iud. (42. 1).—L. 28 C. de usur. (4. 32). *Iustinian.* Ut nullo modo usurae usurarum a debitore exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum, et totius sommae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus, qui revera usurarum usuras exigebantur? Hoc certe erat non rebus, sed verbis tantummodo leges ponere. Quapropter hoc apertissime lege definimus, nullo modo licere cuique usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari, sed etsi hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedare.—L.3.C. de usur. rei iud. (7. 54).

quando si reca una violazione nell' ordine giuridico, che produce effetti civili.

Da questa distinzione si scorge la necessità di portare la nostra attenzione sopra tre punti essenziali di questa materia: 1) sul fondamento primo del fatto giuridico o la volontà, e propriamente sulle azioni in generale; 2) sui fatti giuridici stessi, o sulla volontà già manifestata e determinata per un obbietto di diritto, che più propriamente appelleremo *negozii civili*, e 3) finalmente sui fatti illeciti.

SEZIONE I.

DELLE AZIONI IN GENERALE.

§. 42.

I. **Della idoneità della volontà.**

Savigny, Sist. III. §. 106.

È requisito essenziale di ogni fatto giuridico l'idoneità della volontà, senza cui non può il diritto riconoscere un atto come produttivo di effetti civili. Ogni soggetto di diritto ha in sè come persona l'idoneità della volontà; pure per circostanze congenite all' umana natura o esteriori, sonovi in diritto persone, alle quali quest'idoneità manca o continuamente o temporaneamente.

1) Manca continuamente la idoneità di operare ai fanciulli al di sotto dei 7 anni (§. 19); medesimamente ai pazzi che sono ritenuti come infanti. La comunità non potrebbe avere tale capacità, non avendo volontà reale, ma finta come la sua persona, la legge però, riconosciutala come ente, nel medesimo tempo riconosceva la volontà senza cui la persona concessale sarebbe stata illusoria. Onde si reputa come volontà della persona giuridica, quella che, secondo i varii ordinamenti, sarà espressa dal suo capo, o della pluralità dei suoi membri (§. 26).

2) Sono momentaneamente non idonei di atti coloro i quali hanno già intelletto sano, ma che il lume della mente abbandona per qualche tempo, sicchè essi possono riacquistare la mente, rimossa la cagione che ne ottenebrava l'intelletto. Per la qual cosa il furioso, che ha lunghi lucidi intervalli, l'iracondo, l'ubbriaco saranno non idonei finchè trovansi nello stato di demenza, di ubbriachezza, o d'iracondia (§. 20).

3) Vi sono casi di parziale inidoneità presso quegl'individui, pei quali la legge ha ritenuta necessaria un'assistenza, come presso i minori, diver-

samente secondo le differenti gradazioni di età. Il prodigo o il dichiarato interdetto appartiene a questa classe, egli è limitato specialmente in ciò che riguarda le alienazioni; in rapporto poi ai fatti illeciti è ritenuto la sua volontà perfettamente idonea, onde è pienamente responsabile delle sue illecite azioni.

II. Influenza della violenza, dell'errore. e della frode.

§. 43.

A) Della violenza.

T. D. quod metus causa gestum erit (4. 2). — I. C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt (2. 20). — *Savigny*, III. §. 114.

La libera espressione della volontà, primo fondamento di ogni fatto giuridico, può sembrare apparente e spoglia di ogni realtà, quando una circostanza esteriore abbia avuto sopr'essa più o men grande influenza. Una di queste circostanze è certamente la violenza, la quale può essere esercitata in vario modo: o con mezzi esterni, ed allora si ha la forza materiale *vis absoluta;* o con mezzi morali, ed allora dicesi *vis compulsiva*, e più propriamente *metus*. Queste due forme di violenza furono contemplate negli editti de' Pretori; più tardi per una acconcia modificazione si tenne conto del *metus*, come corrispondente all'una ed all'altra forma (a).

1) Sembra a prima vista che la violenza, come contraria alla idea di libertà, distruggesse perfettamente la libera manifestazione dell'arbitrio, e che una volontà manifestatasi sotto la sua influenza non avesse di volontà libera che la sola apparenza; onde il fatto giuridico che ne consegue dovrebbe essere di nessun valore. Tutto ciò non è nè vero, considerata la cosa in sè stessa, nè s'accorda coi testi delle leggi romane; imperocchè in diritto non ci è dato di estenderci a contemplare il concetto di violenza e di libertà idealmente presa; piuttosto dobbiamo decidere della libertà di un atto come si manifesta esteriormente. E di fatto, libero si manifesta colui che produce un fatto giuridico; poichè, se fra i tanti partiti da eleggere, egli ne prescelse quell'uno appunto, ciò significa ch'ei *volle* a quel modo. Questo concetto è chiaramente espresso ne' fonti (b).

2) Dall'altra parte non è men vero essere scopo del diritto quello di

---

(a) L. 5. h. t. *Ulp.* Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

(b) L. 21. §. 5. eod. *Paul.* Si metus coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.

guarentire la libera esplicazione della personalità. Ora quantunque fino ad un certo punto può considerarsi liberamente espressa la volontà, anche da colui ch'è costretto dal timore, pure il timore è già per sè un ostacolo alla libertà individuale; e sarebbe poco equo, se si riconoscessero tutti gli effetti giuridici ad un atto di questa natura. Guidati da questo principio di equità, i Romani apprestarono alcuni mezzi al violentato per esimersi dalle conseguenze, che, secondo il diritto rigoroso, produrrebbe la sua volontà pur manifestata sotto l'influenza del timore. Questi mezzi sono l'*actio quod metus causa*, l'*exceptio quod metus causa*, e, se ciò non basta, il mezzo eccezionale della restituzione in intiero *propter metus causam* (c).

3) Affinchè il timore fosse preso in considerazione e si desse facoltà di usare i suddetti mezzi, conviene che avesse i seguenti requisiti:

a) Bisogna in sulle prime che il timore sia tale, che l'individuo minacciato non potesse sottrarsi al pericolo, ossia questo dev'essere reale e non immaginario (d);

b) In caso di dubbio si giudica se il timore è o no fondato; in generale quando altri si lascia indurre ad un'azione solo dall'altrui autorità, o dalla riverenza per la potestà domestica, non si tien conto del timore, e l'atto resta valido con tutte le sue conseguenze (e).

§. 44.

B) Dell'errore.

T. D. de iuris et facti ignorantia (22. 6). — T. C. h. t. (1. 18).
Donell. Comm. iur. civ. I. c. 19. ss.; *Savigny*, III. §. 115. App. VIII.

L'errore è quello stato in cui si ha un falso concetto di una cosa, o, che torna lo stesso, se ne ignora il vero carattere, la vera natura; onde non è da porre differenza tra errore ed ignoranza dal lato oggettivo, anzi l'uno e l'altra producono le medesime conseguenze, e nel linguaggio del diritto le due voci valgono lo stesso. La sola distinzione che si ammette in diritto è questa: se l'errore cade sopra una regola di diritto, dicesi *error vel ignorantia iuris;* se al contrario sulle circostanze di fatto, appellasi

---

(c) L. 116. pr. de R. J. (50. 17).

(d) L. 6. h. t. *Gai.* Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat ad hoc editum pertinere dicemus. — L. 3. ex quibus caus. mai. (4. 6). *Ulp.* Metus autem causa abesse videtur, qui iusto timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abest; et hoc ex effectu eius intelligitur. Sed non sufficit, quolibet terrore abductum timuisse, sed huius rei disquisitio iudicis est. — L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. L. 8. §. 1. 2. L. 22. 23. §. 1. h. t. — L. 13. C. de transact. (2. 4). — L. 7. C. h. t.

(e) L. 9. pr. h. t. — L. 2. de ritu nupt. (23. 2).

error vel ignorantia facti. In questa teoria è d'uopo stabilire i seguenti principii:

I. In generale è riconosciuto che l'errore non menoma punto la libertà del volere, cosicchè la volontà manifestata ch'ebbe per motivo l'errore, produce le medesime conseguenze, come se fosse stata libera da qualunque influenza; in altri termini l'errore non guarentisce la persona dai pregiudizii che le vengono dal suo fatto. La ragione è che la sua scelta tra idee contrarie era libera, e dopo un esame più accurato poteva non avere quel falso concetto; se ella si determinò per questo, è stato il suo arbitrio che prescelse quella falsa idea. Questo principio si manifesta in una quantità di casi, dei quali i più importanti sono:

1) L'errore non ha nessuna influenza ne'negozii civili, specialmente nei contratti, quando riguarda i motivi che determinarono la volontà a dichiararsi (a); eccetto negli atti di ultima disposizione, nei quali l'errore annulla in tutto la disposizione testamentaria.

2) Quando si è operato contro una legge dispositiva o proibitiva, p. e. quando si compie un atto senza le forme prescritte, o quando si contrae un matrimonio vietato (b).

3) Quando la legge sancisce la perdita di un diritto pel decorso di un tempo continuo, le giuridiche conseguenze hanno il loro effetto indipendentemente dal fatto se vi fu o no errore (c).

4) Quando si è soddisfatto a una obbligazione naturale, scusabile che fosse l'errore, non si potrà ripetere il pagamento (d).

5) Finalmente è di nessuna importanza l'errore per colui, il quale si crede in una posizione peggiore di quella che veramente è, p. e. quando qualcuno compra una cosa da una persona, ch'egli crede non essere il vero proprietario, mentre invece lo è (e) (1).

II. Vi sono casi però i quali fanno eccezione a questo principio generale, ne'quali l'errore determina conseguenze speciali.

(a) L. 3. §. 7. de cond. causa data (12. 4). *Ulp.* . . . . . Qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. — Ved. L. 65. §. 2. de cond. ind. (12. 6 . — L. 34. pr. de cont. emt. (18. 1). — L. 38. de dolo malo. (4. 3).

(b) L. 4. qui test. face. poss. (28. 1).—L. 1. C. de interd. matr. (5. 6). *Sever.* et *Anton.* Senatusconsulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium connubium soluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet.

(c) L. 12. pr. C. de praescr. longi temp. (7. 33).—L. 3. in f. C. de praesc. 30. ann. (7. 39). *Theod.* §. 3. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem petere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.

(d) L. 64. de cond. indeb. (12. 6 . — L. 10. de O. et Act. (44. 7).

(e) L. 9. §. 4. h. t. *Paul.* Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis; et ideo tametsi existimet, se non a domino ei tradatur, dominus efficitur.

1) Secondo il nostro diritto con la *bonae fidei possessio* vanno congiunti alcuni vantaggi di grande importanza, come p. e. la possibilità di usucapire, l'acquisto della proprietà sui frutti per mezzo della separazione, l'*actio Publiciana*. Ora il primo fondamento del possesso di buona fede è l'errore, e conseguentemente in questa teoria l'errore in certo modo è la condizione necessaria di quei diritti.

2) Quando la legge fa dipendere la perdita di un diritto dal decorso di un tempo utile, vengono presi in considerazione quegli spazii di tempo, ne'quali alcuno fu impedito dall'errore d'intraprendere l'azione, e colui che errava è liberato dai legali pregiudizii (f).

3) L'errore in certe circostanze è motivo di restituzione (g).

4) Quando per errore si è pagato un indebito, si ha il diritto a ripeterlo per mezzo della *condictio indebiti* (h).

5) L'ignoranza sui vizii occulti dell'oggetto comprato è la condizione essenziale per le azioni dell'editto edilizio (i).

6) Finalmente nel caso che qualcuno ha prestato denaro ad un figlio di famiglia, che ha forti motivi di ritenere come padre di famiglia; questo errore lo libera dall'*exceptio SC. Macedoniani* (j); lo stesso si dica dell'eccezione del SC. Velleiano, quando il creditore ignorava la intercessione di una donna (k).

III. In tutti i casi però, ne'quali l'errore è considerato dal diritto come producente effetti giuridici, è strettamente necessario che colui il quale s'inganna non avesse posta negligenza alcuna da parte sua; in altri termini, l'errore dev'essere invincibile. Generalmente la legge ritiene che, quando l'errore ha per oggetto la legge, in fondo vi esiste una colpa o una negligenza, e quindi l'errore di diritto non scusa; al contrario è ritenuto come giusto motivo di scusa quell'errore, che ha per oggetto le circostanze esterne che possono avere una più o meno grande influenza su di un fatto giuridico. Tale distinzione è espressa in questa guisa nei fonti: *Regula est, iuris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (l). La ragione è che non si può ammettere un errore sulla esistenza o sul tenore di una legge senza una grande negligenza, in quanto che la legge dal momento della sua publicazione si suppone essere a conoscenza di tutti; non così poi pe'fatti, poichè il più delle volte, anche con una diligenza irriprovevole, torna impossibile di conoscerli o di prevenirli. È d'avvertire però che sarebbe erroneo di comprendere questa regola assolutamente, e ritenere scusabile un errore di fatto, e il contrario assolutamente per l'errore di diritto; molto più deve tenersi presente il principio, essere la diligenza o la negligenza il solo fondamento di un motivo di scusa o di non scusa; donde chiaramente risulta che l'errore di fatto non sarà mai scusato sempre che sia l'effetto di una grande negligenza, e si è ignorato quello che tutti sanno. Al contrario un errore di diritto sarà un giusto motivo di scusa per quella persona, la quale con tutta la diligenza possibile, si trovò nella impossibilità di conoscere una disposizione di legge (m) (2).

(f) L. 2. §. 1. quis ordo (38. 15). — L. 15. §. 5. quod vi aut clam. (43. 24.). — L. 6. de calumn. (3. 6). *Gai.*, Et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit. — L. 55. de aed. ed. (21. 1). — L. 19. 22. §. 2. C. de iur. delib. (6. 30). — *Gai.* Inst. II. 171. sqq.

(g) L. 1. §. 6. quod. fals. tut. (27. 6). *Ulp* Ait Praetor: si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem. Scienti non subvenit; merito, quoniam ipse se decepit. — §. 33. Inst. de act. (4. 6). — L. 1. §. 17. de separat. (42. 6). — L. 13. pr. de inst. act. (14. 3). — L. 11. pr. de exec. rei iud. (44. 2).

(h) L. 5. §. 3. de O. et Act. (44. 7). *Gai.* Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur qua debitores creditoribus. — L. 26 §. 3. de cond. ind. (12. 6).

(i) L. 14. §. 10. de aed. edict. (21. 1). *Ulp.* . . . . . . ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilitium probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit.

(j) L. 3. pr. § 1. L. 19. de SC. Mac. (14. 6). *Pompon.* Iulianus scribit, exceptionem Senatusconsulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret, aut scire potuisset, filium familias esse enim, cui credebat. — L. 1. 2. C. eod. (4. 28).

(k) L. 6. 7. 12. 17. pr. §. 1. ad SC. Vellei. (15. 1). *Paul.* L. 12. Imo tunc locus est Senatusconsulto, quum scit creditor eam intercedere.

IV. Indipendentemente da questa regola l'errore di diritto può avere la sua scusa anche per privilegio di persone, e specialmente quattro sono le qualità di persone in rapporto alle quali l'errore è preso in considerazione; i minori, i soldati, le donne, e finalmente i rustici.

1) In rapporto ai minori il privilegio è più esteso, essendo l'errore di diritto equiparato all'errore di fatto (n).

2) In rapporto ai soldati vi ha la regola, che quando si tratta di perdita, l'errore di diritto è scusabile (o); ma non nel lucro; e se qualche leg-

---

(l) L. 9. pr. h. t.

(m) L. 9. §. 2. h. t. *Paul.* Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur; quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendum, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. §. 3. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est. — Ved. anc. L. 6. L. 3. §. 1. eod. — L. 10. de bon. poss. (37. 1). — L. 2. in fin. quis ordo (38. 15). — L. 3. pr. de SC. Macedoniano (14. 6). — L. 15. §. 1. de contrahenda emt. (18. 1). — L. 14. f. L. 55. de aed. ed. (21. 1). — L. 7. ad SC. Vell. (16. 1). — L. 5. §. 1. pro suo (41. 10).

(n) L. 9. pr. h. t. *Paul.* . . . . Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso, quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur. — L. 7. §. 6. de minorib. (4. 4). — L. 8. C. de in int. rest. min. (2. 22).

(o) L. 1. C. h. t. — L. 22. pr. *Iustinian.* Arma etenim magis, quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit. — L. 22. §. 15. C. de iure deliberandi (6. 30).

ge in rapporto al soldato ammette l'errore scusabile anche nel lucro, è da intendersi sotto la parola lucro il cessante, ossia la perdita (p).

3) Le donne sono ancora privilegiate in questo rapporto, ma solamente in alcuni casi determinati dalle leggi; in rapporto al lucro esse non hanno un simile privilegio: i casi in cui la donna è privilegiata sono dati in una legge speciale (q), e generalmente essa va libera da molti danni determinati per certe azioni proibite (r).

4) Finalmente i rustici per la loro imperizia e semplicità vanno nella classe delle persone privilegiate a questo riguardo, in quanto che sono perfettamente equiparati alle donne (s).

ANNOTAZIONI

(1) Alcuni testi si esprimono in modo, che sembrano perfettamente contraddire al principio stabilito; tanto più che la generalità, con la quale manifestano il principio contrario, non ci può far ricorrere alla distinzione dell'errore scusabile e inescusabile ammessa ne'fonti medesimi; poichè si trovano le seguenti massime: *Nulla enim voluntas errantis est:* e altrove: *Non videtur qui errat consentire: cum nullus sit errantis consensus, etc.* (t).

Se questo principio fosse così generale come sembra, bisognerebbe contraddire a tutte le leggi che stabiliscono il contrario; per l'opposto abbiamo sufficienti ragioni per ammettere senza tema d'errare che il principio stabilito nel testo, lungi dall'essere ammesso in un caso particolare, per cui si potrebbe sospettare di una eccezione, entra, come si è veduto, in tutto il sistema del diritto romano. Per la qual cosa è mestieri che quelle massime fossero da noi guardate in un altro ordine d'idee.

1) È indubitato che, quando l'errore riguarda i motivi che decisero la volontà a dichiararsi, non produce effetto alcuno, e questa si ritiene come se non fosse stata spinta dal falso concetto di quelle circostanze; non è lo stesso però quando in un fatto giuridico, sia tradizione, contratto, o disposizione di ultima volontà, l'errore riguarda la sostanza, il tenore, la essenza dell'atto stesso. Imperocchè in questo caso la volontà è apparente, il che non è certamente quando l'errore è solamente ne'mo-

---

(p) L. 9. §. 1. h. t. — V. ann. (2) al pres. §.

(q) L. ult. C. h. t. *Leo* et *Anthem.* Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare in his, quae praetermiserint vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquid circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.

(r) L. 2. §. 1. de insp. vent. (25. 4). — L. 15. §. 5. de leg. Corn. de falsis (48. 10). — L. 1. §. 10. ad SC. Turp. (48. 16). — L. 38. §. 2. ad. Leg. Iul. de adult. (48. 5). — L. 1. §. 5. de edendo (2. 13. — L. 9. C. ad SC. Velleianum 4. 29).

(s) L. 2. §. 7. de iure fisci (49. 14. — L. 1. §. 5. de edendo 2. 13). *Ulp.* Iis, qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subvenitur.— — L. 8. C. qui admitti — (6. 9). L. 2. §. 1. si quis in ius (2. 5). — L. 3. §. 22. de SC. Silaniano et Claud. (29. 5.

(t) L. 2. pr. de iud. (5. 1). —L. 20. de aqua et aq. pl. (39. 3). —L. 116. §. 2. de R. I. (50. 17). — L. 8. 9. C h. t. — L. 15. de iurisd. (2. 1).

tivi, mentre poi la persona conosceva già la sostanza dell'atto; così, senza contraddire ai fonti, possiamo dire nel senso di quelle massime: ciò che non si sa non si può volere; e l'atto è in questi casi nullo, non propriamente a causa dell'errore, ma perchè manca la volontà, requisito essenziale per la esistenza di un fatto giuridico. L'applicazione di questo principio ai casi pratici ci porta oltre i confini di questa parte generale; pur tuttavia non sarà inutile di applicarlo a qualche caso generale, riserbandoci di trattare questa teorica più partitamente a suo luogo.

a) Nella tradizione il passaggio della proprietà non ha luogo quando l'errore riguarda l'intenzione di trasferire o acquistare il dominio, specialmente quando si è errato sulla identità dell'obbietto, perchè, come dice Ulpiano in un caso, *nemo errans rem suam amittit* (u).

b) Negli atti di ultima disposizione questo principio è anche più ampiamente applicato, così p. e. è nullo quell'atto di ultima volontà, il quale dispone a favore di una persona, sol perchè vi fu errore sulla qualità della medesima, credendo il testatore che fosse suo figlio o suo congiunto (v). Similmente è nulla quella disposizione che il testatore non avrebbe presa, se avesse conosciuto le circostanze dell'oggetto disposto (x).

c) Finalmente ne' contratti il principio è riconosciuto specialmente: quando i due contraenti hanno qualche altra cosa in mente che l'obbietto del contratto (y): quando l'errore riguarda la esistenza dell'oggetto, specialmente quando esso è andato perduto prima che il contratto fosse stato conchiuso (z): quando finalmente l'errore concerne la identità dell'altro contraente (aa).

2) Il principio generale, che l'errore non esclude la libertà dell'arbitrio è evidente nei fatti, nei quali la volontà si manifesta con atti esteriori, poichè in questo caso la esistenza della medesima è certa. Ma nelle tacite manifestazioni all'incontro, la dichiarazione dell'arbitrio non è per sè certa, ma si deduce dagli atti che s'intraprendono. Ora se queste azioni sono intraprese per errore, non possono essere ritenute come tacite manifestazioni della volontà; e qui ancora l'errore produce le sue conseguenze, poichè la volontà è apparente, e l'atto non ha i suoi effetti: così quando uno si lascia condurre innanzi un tribunale incompetente, che egli reputava competente, il suo atto non si avrà come una *tacita fori prorogatio*, come ciò sarebbe, se non vi fosse errore (bb). Nell'azione *de aqua et aquae pluviae arcendae*, si ritiene che la medesima non ha luogo quando il proprietario, che può esser danneggiato per le opere fatte dal suo vicino, lascia fare le opere medesime, il suo silenzio vale come tacito consenso: ma se egli tacque, perchè ignorava il danno che quelle opere potevano arrecare, l'azione avrà luogo con pieno suo effetto; giusto perchè il suo ta-

---

(u) L. 35. de acqu. rer. dom. (41. 1). *Ulp.* Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. — V. anc. L. 34 pr. de acq. poss. (41. 2).—L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4).—L. 3. §. 8. de cond. caus. dat. (12. 4).— L. 15. §. 2. de contr. emt. (18. 1).

(v) L. 5. C. de test. (6. 23). — L. 4. 7. C. de hered. inst. (6. 24). — L. 14. §. 2. L. 15. de lib. et post. (28. 2).

(x) §. 4. Inst. de legat. (2. 20). — L. 67. §. 8. de legat. (31).—L. 10. C. de legat. (6. 37).

(y) L. 9. pr. de cont. emt. (18. 1).

(z) L. 8. pr. L. 15. pr. 44. de cont. emt. (18. 1).

(aa) L. 32. de reb. cred. (12. 1). — L. 52. §. 21. L. 66 §. 4. de furt. (47. 2).

(bb) L. 15. de iurisd. (2. 1). — L. 2. pr. de iud. (5. 1.).

cere sopra un fondamento erroneo non può ritenersi come una tacita manifestazione di volontà: *Nulla enim voluntas errantis est* (cc). Similmente quando l'erede istituito, per. errore prende cura delle cose ereditarie credendole proprie, il suo operare non potrà essere ritenuto come una tacita adesione alla eredità medesima (dd).

3) A questo principio si congiunge ancora l' altra massima che l'errore esclude il dolo e la mala fede, ossia quando la legge fa derivare una serie di pregiudizii dalla esistenza del dolo e della mala fede, questi non hanno luogo nel caso che vi fosse errore (ee).

2) Oltre a questa distinzione un'altra ve ne ha , la quale concerne solamente l'errore di diritto: questa distinzione , avendo prodotto molta differenza di opinioni nelle scuole, ha mestieri di essere considerata particolarmente in tutte le sue parti. In un luogo *Papiniano* sentenzia: « *Iuris ignorantia non prodest acquirere volen-* » *tibus, suum vero petentibus non nocet:* e poscia: *Error facti ne maribus qui-* » *dem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in compen-* » *diis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non no-* » *cet* (ff) ».

Il principio che da questi due passi si rileva è il seguente: L'errore di fatto assolutamente non nuoce nè in rapporto al *damnum*, nè in rapporto al *lucrum* o *compendium;* ma l'errore di diritto assolutamente non giova in rapporto al *compendium*, non nuoce in rapporto al danno. Espresso il principio così generalmente, ha elevato con ragione le più serie difficoltà, trovandosi in contraddizione con i principii stabiliti nella teoria dell'errore, e con l'applicazione di essa.

E di vero secondo il principio stabilito l'errore vincibile non scusa mai e l'errore di diritto in special modo è considerato, rarissimi casi eccettuati, come l'effetto di negligenza, e quindi nuoce. Ora nel principio di *Papiniano* abbiamo perfettamente l' opposto, imperocchè l'errore di diritto, nel caso di danno, sarebbe sempre scusabile; e similmente l' errore di fatto sarebbe poi in ogni caso scusabile, cioè anche quando prodotto da negligenza. Per tali contraddizioni, *Savigny* (gg) conchiude, che i testi di *Papiniano* non meritano considerazione, poichè sono una pruova poco felice per stabilire in questa teoria un principio generale. Questo certamente non sarebbe, secondo lui, un errore di *Papiniano;* ma piuttosto de'compilatori delle Pandette: imperciocchè se noi potessimo conoscere non un frammento, ma tutta la teoria come fu trattata da questo grande giurista, sapremmo che egli volle discorrere forse dell' errore delle persone privilegiate, e propriamente delle donne. Ma quest'in-

(cc) L. 19. 20. de aqua et acq. pl. (39. 3). *Pomp.* Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae; L. 20. sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit, nulla enim voluntas errantis est.

(dd) L. 20. pr. de acq. hered. (29. 2.). — V. anc. §. 7. Inst. de test. ord. 2. 10.). — L. 19. (verb. nec enim quae ex testamento etc.) de inoff. test. (5. 2.). — L. 8. de her. pet. (5. 3.). — L. 54. de R. V. (6. 1.). — L. 79. de legat. (31.). — L. 20. pr. famil. erc. (10. 2.). — L. 4. 5. 8. 9. C. h. t. — L. 18. C. de R. V. (3. 32.).

(ee) L. 25. §. 6. de her. pet. (5. 3.). — L. 36. §. 1. L. 37. pr. de usurp. (41. 3). — §. 5. Inst. de usuc. (2. 6.). Item sit is , ad quem ancillae usufructus pertinet , partum suum esse credens, vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtus enim sine affectu furandi non committitur.

(ff) L. 7. 8. h. t. — V. anc. L. 3. C. Th. de spons. (3. 5).

(gg) *Savigny*, O. C. app. VIII. N.° VIII.

gegnosa opinione del *Savigny* non è soddisfacente: non bisogna provarsi a spiegare la contraddizione, l'interpetre deve provarsi per contra a conciliare quei testi colla legislazione romana.

Hermann al contrario fa distinzione tra il significato delle parole *compendium*, *damnum*, e *damnum amittendae rei suae*. *Compendium* sarebbe l'usucapione e i negozii onerosi bilaterali, i quali sono conchiusi nella intenzione di fare un guadagno: *damnum* significherebbe le omissioni, per le quali si perde una sopravvivenza: e finalmente le parole *damnum amittendae rei suae* avrebbero per significato le donazioni, la *solutio sine causa*, specialmente la *solutio indebiti*; in rapporto al *compendium* e *damnum* l'errore da considerarsi dev'essere scusabile, mentre in rapporto al *damnum amittendae rei suae*, è preso in considerazione anche l'errore generalmente non scusabile (hh). Questa teoria non solo lascia perfettamente tranquilla la contraddizione notata, ma è arbitraria, opposta non solo alla lettera de'frammenti di Papiniano, ma ancora alla teoria generale dell'errore.

Affinchè potessimo procedere con ordine, fa mestieri in primo luogo indagare il significato delle parole *compendium*, e *damnum*. In sulle prime si presenta alla nostra mente il significato più comune, significare cioè *damnum* il danno positivo o altrimenti detto *damnum emergens*: e *compendium* il danno negativo, altrimenti *lucrum cessans*. Ma dopo un attento esame, nel sistema giustinianeo vediamo essere possibile anche un altro significato, essendochè non poche volte il *damnum emergens* ed il *lucrum cessans* vengono compresi con la parola *damnum*. Difatti Paolo in un luogo dice: « In lege enim Aquilia *damnum* consequimur et amisisse « dicemur quod, *aut consequi potuimus*, aut erogare cogimur (ii): e altrove così si esprime Ulpiano: « *Damnum* autem pati videtur, *qui commodum amittit*, quod ex « publico consequebatur, qualequale sit » (kk).

Ora stando tutto ciò, non è contraria ai fonti l'opinione, che nel *damnum* di *Papiniano* debbasi intendere tanto il danno positivo quanto il negativo, mentre con la parola *compendium* egli intende quel lucro che si consegue a causa dell'errore. Tanto più che nei fonti una precisa distinzione negli effetti tra lucro cessante e danno emergente non esiste, anzi tanto l'una che l'altra specie hanno le medesime conseguenze; ma non così quando comprendiamo la parola *compendium* nel senso nostro, essendo diverse le conseguenze; giacchè la idea fondamentale è la perdita di ciò che non avremmo mai avuto senza l'errore.

Indagato il significato delle parole, e posto per principio che debbasi tener sempre conto della teoria generale dell'errore, applichiamo questa ai testi di Papiniano. Due interpretazioni sono possibili, o sotto le parole *error iuris* s'intende l'errore di diritto scusabile, ossia quello stato in cui ad una persona riusciva impossibile la conoscenza del diritto: ovvero l'errore di diritto assolutamente preso, cioè anche quello che potevasi facilmente evitare. Attenendoci al primo significato, la conseguenza sarebbe che, in rapporto al *compendium* o al lucro l'errore di diritto non scuserebbe affatto; in rapporto al *damnum* sarebbe poi ammesso solamente l'errore di diritto scusabile. Che se si volesse eseguire il secondo supposto, il pensiero di

---

(hh) *Hermann* degli effetti dell'errore. Wetzl. 1811.

(ii) L. 33. pr. ad Leg. Aquil. (9. 2.).

(kk) L. 2. §. 11. ne quid in loco pub. (43. 8.)—V. anc. §. 10. Inst. de Leg. Aquil. (4. 3).— L. 11. pr. ad exhib. (10. 4). — L. 13. rat. rem. haber. (46. 8.).

Papiniano sarebbe al contrario il seguente: in rapporto al *danno* scusa qualunque errore di diritto, nel *compendio* quello solamente tenuto per scusabile. Per non essere in contraddizione con tutto il sistema crediamo la prima interpretazione più esatta. Egli è certo che nel diritto romano tanto vale errore di diritto, quanto errore di fatto prodotto da grande negligenza; ora se in rapporto al danno dovesse scusare ogni errore di diritto, scuserebbe egualmente ogni errore di fatto anche se la causa del medesimo fu una somma negligenza; sarebbe questa una conseguenza da spaventare anche i sostenitori della dottrina contraria; giacchè ciò sarebbe contrario all'altra massima: *qui sua culpa damnum sentit*, *damnum sentire non intelligitur*. Più savio consiglio sarebbe quello di ammettere che *Papiniano* nelle leggi citate non voglia fondare un principio generale, ma applicare la teoria dell' errore ai casi del *danno* e del *lucro*, e suppone per conseguenza le regole generali; sicchè la legge sonerebbe così: « un errore di fatto (scusabile) è preso in considerazione tanto in *damnis* quanto in *compendiis*; l'errore di diritto (scusabile) può giovare *in damnis*, ma non in *compendiis*. La difficoltà che fa nascere questa interpretazione sta in ciò, che in rapporto al *compendio* l' errore di diritto anche scusabile non ha nessun effetto, e sarebbe poco naturale di ammettere questo pensiero in *Papininiano*, di stabilire cioè casi in cui neppure l'errore di diritto scusabile potesse essere preso in considerazione. Questa difficoltà è di nessuna importanza dopo che si è dichiarato il significato del *damnum* e del *compendium;* in qualche caso di *lucrum cessans* la legge chiede che l' errore di diritto sia scusabile, come sarebbe p. e. quando una persona per errore di diritto trascura il termine per la *bonorum possessio* (ll).

A questa nostra opinione potrebbesi opporre che l'errore non potrà mai essere il fondamento di un positivo vantaggio, dappoichè se l' errore alle volte scusa non è certamente per conseguire un utile, ma per evitare una perdita, e quindi se la legge 8 accenna all'errore in rapporto al *compendium*, non devesi per questo vocabolo comprendere un reale vantaggio, ma il lucro cessante. A questo proposito bisogna rammentarsi de' vantaggi che vanno uniti alla *bonae fidei possessio*, cioè l' usucapione e l'acquisto della proprietà dei frutti naturali; ed è massimamente a questo proposito che devesi applicare quel dato punto della regola di *Papiniano*, cioè che l' errore di diritto, anche scusabile, non è ammesso nel *compendium*; *Paolo* dice al proposito: NUMQUAM *in usucapionibus iuris error possessori prodest* (mm).

(ll) L. 10. de bon. poss. (37. 1.). — L. 2. in fin. quis ordo in poss. serv. (38. 15.).

(mm) L. 31. pr. de usur. (41. 3.). — V. anc. L. 24. pr. eod. *Pompon*. Ubi lex inhibet usucapionem, bonafides possidenti nihil prodest. — L. 32. §. 1. eod. — L. 4. h. t. — L. 2. §. 15. pro emt. (41. 4.). — *Vangerow*, O. C. §. 83. an. V. — V. an. *Cuiacii*, Observ. V. 39. in op. IV. p. 502. — *Donelli*, com. iur. civ. I. c. 21. §. 15. — *Mühlenbruch*, Archiv. Civ. II. p. 361.

§. 45.

C) Della frode.

T. D. de dolo malo (4. 3.) — T. C. h. t. (2. 21).

Intendiamo per frode (*dolus*) il trarre altrui in errore e giovarsene per un affare giuridico (a); onde non può esistere dolo senza l'errore dall'altra parte. La volontà che nel determinarsi subisce l'influenza della frode, può sembrare anche apparente ; invece essa, come nella teorica della violenza e dell'errore, è reale, ed il suo manifestarsi crea un per sè valido negozio: però, come la violenza, la frode si oppone al libero svolgimento della personalità, onde vediamo dai Romani consacrare a questo proposito i medesimi princìpii di equità e dare a colui che soffre per malizia altrui con l'*actio* e l'*exceptio doli* e con la restituzione in intiero un mezzo per rescindere l'atto (b). Una sola differenza vi ha tra i mezzi dati a causa del timore, e quelli per la frode, ed è, che i primi operano sempre contro chiunque, ossia in *rem*, laddove questi contro colui che si servì dell'inganno, ossia in *personam*.

Affinchè questi mezzi potessero giovare all'ingannato conviene che questi sia di buona fede, poichè se i contraenti agirono entrambi con frode, allora il dolo resta compensato (c), e che l' inganno non sia facile a rilevarsi (d).

Da tutto ciò si ricava che la frode suppone un errore nella parte contraria; ora quando questo errore versa sul diritto, ossia non è scusabile, la frode che siavi stato nell' altro contraente, non può dar fondamento a nessuna azione.

Il dolo non si presume mai, ma dev'essere sempre provato (e).

(a) L. 1. §. 2. h. t. *Ulp.* Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur.

(b) L. 1. §. 1. L. 4. §. 13. de doli mali et met. exc. (44. 4). *Paul.* Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit. — L. 7. pr. h. t. — L. 13. §. 4. de act. emt. vend. (19. 1).

(c) L. 36. h. t. *Marc.* Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. — L. 57. §. 3. de cont. emt. (18. 1.).

(d) L. 16. §. 4. de minor. (4. 4).

(e) L. 6. 18. §. 1. de prob. (22. 3.). *Ulp.* Qui dolo dicit factum aliquid , licet in exceptione, docere dolum ad missum debet — L. 6. C. h. t. — L. 51. pr. pro socio (17. 2.).

§. 46.

II. Della dichiarazione della volontà.

Savigny, III. §. 130.

La volontà ch'è il fondamento di ogni fatto giuridico non può produrre effetti nel diritto, se non si manifesta esternamente; dal momento ch'è dichiarata, decidiamo della sua esistenza.

Tale esterna manifestazione può essere di diversa forma, e propriamente può seguire con formole determinate o senza, in modo espresso tacito e presunto.

1) Diciamo essere dichiarazione di volontà formulata, quella che non può essere altrimenti fatta che nel modo preventivamente determinato dalla legge; per la validità di essa le formole sono requisito essenziale: com'è pel matrimonio, pel testamento, ecc. La dichiarazione che avviene in questa forma ha il vantaggio di offrire una maggiore garantia e circospezione.

2) La dichiarazione della volontà può non aver bisogno della formola, e allora sarà semplicemente espressa; pel che non è necessaria assolutamente la parola, basta un atto diretto come lo scritto, un semplice cenno, e simili (a). Ma se al contrario risulta da mezzi indiretti, i quali, sebbene non rivolti manifestamente ad un negozio civile, pure rivelano un'intima risoluzione riguardo ad esso, la dichiarazione si dirà tacita.

La tacita dichiarazione in alcuni casi si può interpretare in vario modo, e chi argomenta da essa, bisogna che faccia uso delle regole della interpretazione, poichè non è difficile che in simili atti indiretti nasca ambiguità: ed allora colui, che vuole evitare che i suoi atti s' interpretino come tacito assentimento, ha bisogno di far protesta o riserva, e però è mestieri una novella dichiarazione di volontà.

3) Il silenzio per sè stesso non può essere mai considerato come manifestazione di volontà, in quanto che l' atto interno, finchè non si dichiari esteriormente, potrà entrare nel dominio della morale, ma non mai in quello del diritto (b). Vi è nondimeno qualche caso in cui il tacere

---

(a) L. 38. de obl. et act. (44. 7). *Paul.* Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literae, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. — L. 21. pr. de legatis (32). *Paul.* Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit. — L. 1. §. 3. de assign. libert. (38. 4). — L. 6. de reb. cred. (12. 1).

(b) L. 142. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.

è già una volontà dichiarata, onde la massima « *qui tacet consentire videtur* »; la ragione è che la legge stabilisce in certi casi la necessità di manifestare una determinata volontà, onde se allora si tace, questo silenzio è chiaro indizio di un volere, e la volontà è quindi assolutamente presunta: così p. e. l' adozione, nello stretto significato, è già valida pel tacere dell' adottato (c); il tacere del padre, mentre si contrae il matrimonio di suo figlio, è ritenuto come consenso (d); vale ancora come assenso il silenzio del padre in un mutuo fatto da suo figlio (e), ecc.

§. 47.

III. Del consenso del terzo.

1) La volontà, ancorchè manifestata nelle forme discorse nel precedente paragrafo, può alle volte non produrre i suoi effetti, poichè sola non è sufficiente; ma ha bisogno del consenso di altre persone; di questa natura è la volontà del pupillo, la quale non può esser valida senza il consenso del tutore, del figlio di famiglia in molti casi senza l' assenso del padre, ec. Si richiedono allora due volontà egualmente libere, e dirette al medesimo scopo: onde ne segue che il consenso del terzo può andar soggetto alle medesime influenze di ogni altra volontà, come alla violenza, all'errore, alla frode; e può essere liberamente dato e liberamente negato.

Questo consenso a sua volta può essere espresso o tacito; così quando colui, che deve dare il suo assenso, ha perfetta conoscenza della volontà dichiarata, e per tanto non fa nessuna riserva, il consenso è ritenuto come tacito, specialmente quando colui, che dichiara la sua volontà, l' ha direttamente ò indirettamente notificàta all' altro.

Il consenso tacito si manifesta ancora quando colui, ch' è chiamato a darlo, fosse presente alla dichiarazione della volontà: come se fece da testimone o in questa qualità ha sottoscritto l' atto (a).

Mancando il consenso di quelle determinate persone, la volontà dichiarata rimane senza efficacia.

(c L. 5. de adop. (1. 7).

(d) pr. Inst. de nupt. (1. 10.).

(e) L. 12. 16. ad SC. Maced. (14. 6.).

(a) L. 1. §. 3. quod. iussu (15. 4.). — L. 26. §. 1. de pign. (20. 1). — L. 8. §. 15. quib. mod. pign. (20. 6.). *Marc.* Non videtur autem consensisse creditor , si scienter eo debitorem vendiderit, quum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare; sed si subscripserit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat, deceptum esse; quod observari oportet, et si sine scriptis consenserit.

§. 48.

IV. Della ratificazione.

Busse, de ratihabitione, Lips. 1834.

1) Intendiamo per *ratihabitio* , ratifica, il consenso dato ad un negozio posteriormente alla sua formazione, sia che trattisi di affari proprii, sia di affari altrui, per la validità dei quali fosse necessario il nostro consenso; appena il consenso è dato, il negozio civile è considerato valido come se dal principio fosse stato validamente conchiuso (a); p. e. se Tizio impegna una cosa di Caio, e questi dopo ratifica il pegno, questo sarà valido non dal momento della ratifica, ma dalla costituzione dell'atto stesso; similmente quando un figlio di famiglia contrae un mutuo senza il consenso di suo padre, e questo segue dopo, il mutuo sarà valido dal momento della contrattazione (b). Ma d'altra parte la convalidazione dell'atto non deve arrecare nocumento ai diritti legalmente acquistati da terze persone. Quando p. e. Caio ha oppignorato una cosa di Sempronio dapprima a Tizio, e poscia a Mevio, ed il proprietario stesso l'abbia dato in pegno ad un terzo, ratificando nel medesimo tempo i due primi, i tre pegni non possono certamente avere la medesima data; ma in primo luogo verrà il creditore del proprietario dell' oggetto, quindi Tizio, ed in ultimo luogo Mevio.

Quando un negozio civile ha tale difetto in sè, che può esser tolto col semplice consenso, o quando il negozio giuridico poteva essere rescisso, ma invece della rescissione segue l' assenso, questo si retrotrae al momento della conchiusione del contratto (c).

Quando il negozio giuridico non è valido per condizioni indipendenti dalla volontà, ossia per difetto, che l' assenso non può togliere via; se la circostanza che rendeva nullo il negozio civile venisse meno, e questo si ratificasse , sarebbe valido dal momento della ratifica e non da quello della conchiusione dell'atto (d).

(a) L. 56. de iud. (5. 1). *Ulp.* Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen, etsi quis, quum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.—L. 16. §. 1. de pign. (20. 1.). —L. 60. — cf. L. 152. §. 2. de R. I. (50. 17). — L. 71. §. 1. 2. de sol. (46. 3).

(b) L. 7. pr. C. ad SC. Maced. (4. 28).

(c) L. 25. in fin C. de donat. int. vir. et uxor. (5. 16)... Sin vero vel non amplior sit donatio, vel quum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris, vel donatricis, et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse.

(d) L. 25. C. de don. int. vir. et uxor., et de ratihabitione (5. 16.). *Iustinian*.... Nam am-

Quando la dichiarazione della volontà dev'essere formale (e) non ha luogo ratificazione; p. e. quando un testamento è nullo per difetto di formole, non può mai essere ratificato.

La *ratihabitio* può essere ancora espressa o tacita; così alcuni atti giuridici vietati, quando non sono rivocati per tutta la vita, s' intendono ratificati; com'è delle donazioni tra coniugi, giacchè quando il coniuge donante nell'ultimo momento di sua vita non dispone altrimenti della donazione fatta durante il matrimonio; questa, nulla fino a quel punto, è indi considerata valida.

SEZIONE II.

DEI NEGOZII CIVILI.

§. 49.

I. Concetto e specie dei negozii civili.

I. Intendesi per negozio civile quella dichiarazione di volontà, la quale crea, modifica o annulla una relazione giuridica. I negozii civili possono essere di differente natura.

1) Sono unilaterali o bilaterali; in questi è necessaria la convenzione di due o più persone interessate; negli altri è sufficiente la dichiarazione della volontà di un solo.È negozio civile bilaterale il contratto; è unilaterale il testamento, l'occupazione, ecc.

2) Sono inoltre lucrativi, od onerosi: i primi consistono in un atto di liberalità a tutto lucro di una parte, come la donazione; gli altri per contrario in uno scambio di equivalenti.

3) Sono finalmente tra vivi o per causa di morte; questi si distinguono dai primi in quanto che gli effetti ne cominciano dopo la morte della parte: di questa natura sono il testamento, il legato, il codicillo, e la *donatio mortis causa*.

II. Per ciò che concerne il tenore del negozio civile si possono distinguere tre parti integranti; essenziali, naturali, ed accidentali. Parti

---

plioris quantitatis donationem, minime intimatam, nec per silentium eius, qui donavit, confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen, ut si quidem ultra lege finitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint, specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. — L. 4. §. 6. de off. proc. (1. 16.)— L. 27. 65. §. 1. de rit. nupt. (23. 2.).

(e) v. § 46.

essenziali diconsi quei requisiti strettamente necessarii all' esistenza del negozio giuridico. Parti naturali quei requisiti che per legge si suppongono in un atto giuridico , finchè non venga provato che i contraenti abbiano disposto altrimenti. Tutto quello poi ch'è aggiunto dall'arbitrio delle parti, e che per conseguenza non è nè essenziale , nè si suppone per legge, dicesi parte accidentale di uno negozio civile.

§. 50.

II. Parti essenziali.

Sono parti essenziali d' ogni atto giuridico la idoneità del subbietto, quella dell'obbietto, e la valida manifestazione della volontà.

1) In primo luogo è strettamente necessario per ogni negozio civile la idoneità del subbietto (a).

2) In secondo luogo l'obbietto dev'essere capace d'essere o divenire obbietto di un negozio civile: giacchè quando questo versa sopra un oggetto che non esiste o che non è mai esistito, è nullo; lo stesso si dica quando l' oggetto non può venire in essere (b). Similmente non può esistervi negozio civile che ha per obbietto una cosa fuori commercio (c). Nulli sono egualmente que'negozii civili, i quali si mostrano contrarii ai buoni costumi (d).

3) Requisito indispensabile è ancora una valida manifestazione di volontà, e propriamente la manifestazione di una sola volontà nel negozio unilaterale, e l'accordo di due o più nel bilaterale. In alcuni negozii oltre a ciò è necessariamente richiesto l' assistenza di altre persone; questi atti vengono appellati per nomenclatura giuridica *negotia solemnia* , e le persone che devono prestare la loro presenza si addimandano perciò solenni testimoni. In qualche altro negozio civile è un requisito essenziale la dichiarazione in iscritto: ciò è riconosciuto nella legislazione giustinianea massimamente per la intercessione delle donne (e).

(a) V. §. 14. ss. §. 42.

(b) §. 36. Inst. de legatis (2. 20).—L. 35. de verb. ob. (45. 1).—L. 31. de R. I. (50. 17). *Ulp.* Verum est, neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere; quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

(c) §. 4. Inst. de legatis (2. 20).—L. 34. §. 1. de cont. emt. (18. 1). *Paul.* Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt , earum nulla venditio est. — L. 39. §. 8. 10. de legatis (30). — L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1). — L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7). — §. 2. Inst. de inut. stip. (3. 19).

(d) §. 36. Inst. de legatis (2. 20). — L. 7. §. 3. de pactis (2. 14). *Ulp.* Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.— L. 26. 35. §. 1. V. O. (45. 1).

(e) L. 23. §. 2. C. ad SC. Velleian. (4. 29.).

4) In alcuni negozii civili è strettamente richiesta la conferma dell'autorità giudiziaria, come nell'alienazione de'beni del minore.

5) Finalmente in altri affari giuridici è richiesto necessariamente un rescritto dell' imperatore: così nella *impetratio dominii per principem*, e nell' arrogazione.

La natura di ogni singolo negozio civile , e la legge ci avvisano dei requisiti naturali dell'atto.

III. Parti accidentali de' negozii civili.

A Delle condizioni.

§. 51.

1) Concetto, e specie delle condizioni.

T. D. de conditionibus institutionum (28. 7.) — T. D. de conditionibus et demonstrationibus (35. 1.)—C. de donat. quae sub modo vel conditione vel certo tempore conficiuntur (8. 55.)—C. de condit. insertis, etc. (11. 46). — *Balduini*, Commentarius de conditionibus. (V. Heinnecii iurispr. Rom. et Att. I. pag. 523 , e sqq.) — *Donelli*, Com. iur. civ. lib. VIII. c. 30 sqq.—*Savigny*, Sist. III. §. 116—*Sintenis*, Diritto civile pratico I. §. 20.

I. Condizione è quella parte accidentale di un negozio civile, la quale fa dipendere in modo arbitrario la esistenza del negozio stesso da un fatto futuro ed incerto; oppure dicesi condizione l' avvenimento stesso futuro ed incerto in quanto che da esso dipende la esistenza dell'atto.

Da questa definizione si scorge che la condizione è solamente apparente : 1) quando l'avvenimento non è incerto ; ma che o è certo che si avvera, o certo che non potrà avverarsi; 2) similmente è apparente quella condizione la quale non è che requisito necessario dell' atto stesso , ossia le così dette *conditiones tacitae, quae insunt, extrinsecus veniunt* (a); p. e. se s'istituisse un erede con la condizione che sopravviva al testatore, o un legato con la condizione che l' erede istituito accetti la eredità ; però, quando simili condizioni sono apposte ad atti che devono per diritto essere incondizionati, come l'accettazione, la diseredazione di un *heres suus*, valgono come vere condizioni, e perciò l'atto è annullato (b). 3) Nella medesima guisa non è vera condizione quella che facesse dipendere la esistenza del negozio giuridico da un avvenimento passato o presente (c).

(a) L. 99. h. t. (35. 1.). *Papin.*, Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes. i. e. quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia.

(b) L. 68. in fin. de hered. inst. (28. 5.). *Procul.* Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat, et tamen nemo dubitat , quin , si ita aliquis filium exheredaverit : *Titius heres esto, et quum heres erit Titius, filius exheres esto* , nullius momenti esse exheredationem. — L. 77. 195 de R. I. *Modest.* Exspressa nocent, non expressa non nocent.

II. Le condizioni si distinguono in: 1) positive o negative; le prime sono quando l'avvenimento che fa condizione è positivamente espresso, ossia deve avvenire affinchè il negozio fosse considerato come esistente; negative, quando è negativamente espresso, ovvero quando dal non accadere di un avvenimento dipende la esistenza dell'atto.

2) La causa, dalla quale dipende la condizione, può esistere nell'arbitrio delle parti, o in un caso indipendente dalla volontà, oppure tra questi due termini: onde la divisione in condizioni potestative, casuali, e miste. In rapporto a quest'ultima distinzione è d'uopo fare le seguenti considerazioni:

a) La causa della condizione può dipendere dall'arbitrio di colui, il quale nel negozio condizionale ha tutto l'interesse, o dall' arbitrio di colui, il quale si rappresenta come obbligato; oppure è dipendente dalla volontà di un terzo.

Nel primo caso l'atto è valido, sebbene il più delle volte la condizione è inutile, e l'atto è ritenuto fatto puramente: come p. e. quando un estraneo è istituito erede sotto la condizione se il voglia (d); in quei diritti poi i quali si acquistano senza una determinata dichiarazione di volontà, come il legato, l'acquisto della eredità da parte di un *suus heres*, una tale condizione è reale ed effettiva, e l' atto vale come condizionato (e). Lo stesso si dica di quelle altre specie di condizioni le quali, benchè dipendano dalla volontà di colui che acquista, devono essere espresse con un atto esteriore, p. e. *si Capitolium ascenderit*, e che propriamente consistono in una specie di obbedienza, che l'erede o il legatario debbono mostrare dopo la morte del testatore (f). È regola generale di diritto che le condizioni potestative debbono essere giudicate come tali secondo la loro natura e i casi in cui avvengono (g).

(c) §. 6. Inst. de V. O. (3. 15.) Conditiones, quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt; veluti *si Titius consul fuit*, vel *si Maevius vivit dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet: quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. — L. 100 de V. O. (45. 1.).

(d) L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6. 51). — L. 1. §. 8. si quis omis. caus. (29. 4). — L. 78. §. 1. h. t. (35. 1).—L. 12. h. t. (28. 7). *Hermog.* Verba haec: *Publius Maevius, si volet, heres esto*, in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat; nam involuntaria heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres. — L. 6. C. de necess. hered. instit. (6. 27).

(e) L. 4. de hered. inst. (28. 5). *Ulp.* Suus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat.— L. 86. pr. L. 69. eod. L. 12. h. t. (28. 7). — Vedi not. preced.

(f) L. 11. §. 1. h. t. (35. 1). *Paul.* Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: si Capitolium ascenderit,

b) Quando al contrario la causa della condizione è nell'arbitrio di colui il quale si presenta in un negozio civile come obbligato, allora questo è per se stesso nullo : p. e. se in una stipulazione il debitore promette qualche cosa a condizione, che il voglia, la stipulazione sarà certamente di nessun momento (h). Al contrario, quando la condizione deve manifestarsi in un' azione esterna dell' obbligato, può valere perfettamente come condizione (i).

c) Se in fine la condizione è messa nell' arbitrio di un terzo, bisogna fare la distinzione tra contratti e testamenti; in rapporto ai primi, potendo il terzo avere un possibile interesse d' impedire il contratto che le due parti vogliono rispettare, tale condizione vera non invalida l'atto: non così nelle istituzioni di erede, e ne'legati; poichè in questo caso tanto la istituzione di erede, quanto il legato è nullo (j) ; se ne eccêttua solamente il fedecommesso (k). Finalmente se l' adempimento della condizione dipende dalla volontà di un terzo, in quanto che non si manifesta in un semplice volere, ma in un atto esteriore, la condizione sarà effettiva anche nella istituzione dell'erede e nel legato (l).

3) In fine le condizioni in rapporto all' effetto si distinguono in sospensive o risolutive, sospensive quando la esistenza di un affare è sospesa fino a che la condizione non si avvera ; è risolutiva quando, avverandosi la condizione, il negozio civile si risolve ; cosicchè nelle condizioni sospensive si determina il principio, nelle risolutive la fine di un negozio giuridico.

---

et similia, non promiscuas, etiam vivo testatore existere posse, veluti: si Titius consul factus fuerit.

(g) L. 4. §. 1. L. 5. de hered. inst. (28. 5). — L. 28. h. t. (28. 7). — L. 4. C. de inst. et subst. (6. 25).

(h) L. 17. 46. §. 3. L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1). *Iavol.* Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. — L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1).— L. 13. C. eod. (4. 38). — L. 43. §. 2. de legatis (30). — L. 11. §. 7. de legatis (32).

(i) L. 3. de legatis (31). *Paul.* Si ita legetur: *heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit*, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere.

(j) L. 68. de her. inst. (28. 5). *Pomp.* Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *Si Titius in Capitolium ascenderit*, quamvis non alius heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio.

(k) L. 46. §. 2. de fidec. libert. (40. 5). *Ulp.* Et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum est: *Si Titius Capitolium ascenderit*.

(l) L. 68. de her. inst. (28. 5).—Ved. not. j.—L. 52. h.t. (35. 1).—L. 1. pr. de legat. (31).

4) Ogni specie di atto civile può andar soggetto a condizione, vi sono però negozii che non possono essere sottoposti a condizioni. Questi sono gli atti legittimi per eccellenza come l'adozione, l'emancipazione, ecc.

ANNOTAZIONE

(1) Le condizioni impossibili essendo variamente intese, e producendo diverse conseguenze secondo la diversa natura delle relazioni giuridiche, crediamo utile di esaminarle partitamente. Le condizioni possono essere impossibili in tre modi, fisicamente, giuridicamente, e moralmente.

I. Le condizioni fisicamente impossibili *(conditio quae natura impossibilis est)* annullano perfettamente un negozio civile tra vivi (m), sono considerate come non messe in un atto di ultima disposizione (n). In generale bisogna portare l'attenzione sopra i seguenti punti:

1) È indifferente se la condizione fisicamente impossibile sia affermativamente o negativamente espressa; p. e. *se tu tocchi il cielo col dito*, *oppure se non piovesse mai*; purchè non voglia intendersi per condizioni impossibili negative le così dette condizioni necessarie, ossia quelle ch' esprimono la negazione delle condizioni impossibili: p. e. *se tu non tocchi il cielo col dito;* poichè queste sono considerate come non messe in qualunque negozio civile (o).

2) Indifferente è ancora la persona che deve adempiere la condizione.

3) Finalmente quando la condizione naturalmente impossibile avviene in forma di condizione risolutiva, s'intende da sè che la condizione è per se stessa annullata, restando intanto il negozio, come se fosse stato conchiuso senza condizione.

II. Le condizioni giuridicamente impossibili, cioè quelle che si oppongono alle leggi, offrono del tutto le medesime regole delle prime (*conditio quae lege impleri non potest*) p. e. *se Tizio acquista una cosa fuori commercio*. La somiglianza perfetta di queste condizioni con le prime non è affatto artificiale, ma essenziale; dappoichè sono veramente impossibili: l'unica distinzione, che vi può essere, è, che essendo le leggi di natura immutabili, ed i principii del diritto mutabili, alcune di queste ultime condizioni possono addivenire possibili; ma, finchè si oppongono ad un principio di diritto, sono impossibili come le precedenti (p).

(m) §. 11. Inst. de inut. stip. (3. 19). Si impossibilis conditio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: *Si digito coelum attigero*, *dare spondes?* — L. 1. §. 11. L. 31. de O. et Act. (44. 7). — L. 7. de V. O. (45. 1.). — L. 29. de fidei. (46. 1.) — L. 9. §. 6. de reb. (12. 1.). — *Gai.* III. §. 98.

(n) § 10. Inst. de hered. inst. (2. 14). Impossibilis conditio in institutionibus, et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur. — L. 3. 6. §. 1. h. t. (35. 1). — L. 1. 6. 20. pr. h. t. (28. 7). — L. 16. de iniusto nupt. test. (28. 3). — L. 104. §. 1. de legat. (30). — L. 5. §. 4. quando dies (36. 2.).

(o) §. 11. Inst. de inut. stip. (3. 19). At si ita stipuletur: *si digito coelum non attigero, dare spondes?* puro facta obligatio intelligitur; ideoque statim petere potest. — L. 50. §. 1. de her. inst. (28. 5). — L. 7. 8. de V. O. (45. 1). — *Savigny*, l. c. p. 158. ss.

(p) L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1). *Venul.* Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam, et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnimodo conditio iure impleri non potest, vel

III. Tutt'altro è poi se consideriamo le condizioni moralmente impossibili, poichè esse possono accadere; se non che contengono un principio contrario ai buoni costumi: onde le prime due specie sono veramente impossibili, queste sono equiparate alle impossibili. Per la qual cosa producono le medesime conseguenze, cioè annullano ogni disposizione tra vivi, sono considerate come non messe in un atto di ultima volontà (q), sebbene con qualche differenza, e propriamente:

1) Nelle condizioni moralmente impossibili non è indifferente la persona, che le dovrebbe adempiere; così p. e. quando la condizione immorale in un contratto è imposta da quello a cui si fa promessa, è nullo nella medesima guisa come se dipendesse da una vera condizione impossibile; quando al contrario si promette alcuna cosa a condizione se il promettente commetta una immoralità, il contratto è valido (r); e similmente se la condizione immorale dipenda da un terzo.

2) Le condizioni immorali espresse negativamente diversificano alquanto dalle negative impossibili; dappoichè queste ultime il più delle volte sono considerate come condizioni necessarie e valgono come non messe; laddove le immorali, se dal promettente, o dal promissario, invalidano sempre il contratto (s). Ma se per contra debbano adempirsi da un terzo, valgono come vere condizioni.

3) Quando le condizioni moralmente impossibili banno forma risolutiva è applicabile la regola generale (I. 3.), quantunque vi sia qualche differenza: se, p. e. la condizione è espressa in questa guisa: *se colui che acquista commetta una immoralità*, la condizione è valida (t) (ved. III. 1.).

IV. Sulle condizioni impossibili in generale son da fare ancora le seguenti considerazioni:

1) È possibile che la causa, il principio che rende impossibile una condizione sia solamente temporaneo; pure, se al momento della conchiusione del contratto essa era impossibile, infirma sempre il negozio civile (u). Al contrario, quando la condizione era possibile al principio e diventa poi impossibile prima di adempiersi, essa si ritiene per deficiente, anche quando il principio dell'impossibilità è temporaneo (v).

2) Spesso avviene che una condizione dal principio dell'atto sia impossibile in parte, oppure possibile, addivenga dopo impossibile in parte. Le leggi tacciono completamente in rapporto agli atti tra vivi; sicchè è mestieri ricorrere alla teoria generale, ossia che l'atto civile addiviene nullo; eccetto però il caso, quando molti insieme debbono intraprendere qualche cosa, ed alcuni si rifiutano; oppure quando si deve dare qualche cosa a molti, e ciò non avviene presso alcuni (x): ammesso per

---

id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

(q) L. 123. 137. §. 6. de V. O. (45.1). Ved. not. preced.—L. 9. 14. 15. 27.pr. h. t. (28. 7). —L. 5. C. de institut. (6. 25).

(r) L. 121. de V.O. (45.1).—L. 50. de pactis (2.14).—L. 1.2. C. si manc. ita ven. (4. 56).

(s) L. 26. 27. de V. O. (45. 1). — §. 24. Inst. de inut. stip. (3. 19). — L. 7. §. 3. de pact. (2. 14).—L. 1. §. 2. L. 2. de cond. ob turp. causam (12. 5).—L. 5. de tut. et rat. distr. (27.3).

(t) L. 121. de V. O. (45. 1).

(u) L. 135. §. 1. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1).

(v) L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1). — §. 2. Inst. de inut. stipulat. (3. 19).

(x) L. 112. pr. §. 2. h. t. (35. 1). — L. 6. C. h. t. (6. 46).

altro che la intenzione de' disponenti non si fosse espressa per l'adempimento totale.

3) La medesima regola generale sull'annullamento del contratto è applicabile ancora per quelle condizioni, le quali sono relativamente impossibili, ossia che l'oggetto della condizione è possibile, ma relativamente, così dette *conditiones per suppositionem, vel per accidens impossibiles*, op. *conditiones secundum quid impossibiles* (y).

§. 52.

2) Dell'adempimento e degli effetti delle condizioni.

I. La condizione è adempiuta quando si compie l'avvenimento futuro ed incerto:

1) La condizione affermativa è adempiuta, quando avviene il fatto indicato, e qualora esso non interamente s'avveri, la condizione non può dirsi adempiuta.

2) La condizione negativa è effettuata, quando non è più possibile che avvenga il fatto indicato. Ma è d'avvertire che spesso l'avvenimento di quel fatto diventa impossibile solo dopo la morte di chi potrebbe compirlo, e ciò dà gravi difficoltà in alcuni negozii giuridici, e segnatamente negli atti di ultima disposizione: così esempigrazia, l'acquisto di un legato sotto una condizione di forma negativa può esser protratto molto tempo dopo la morte del testatore, e fors'anco non è possibile durante la vita del legatario; il che contraddice alla intenzione del testatore, ed alla natura della istituzione. Onde i Romani stabilirono questo provvedimento; che il legatario poteva acquistare il legato, dando cauzione *(cautio Muciana)*, che, se il fatto contrario si avverasse, restituisse il legato con tutti i frutti.

3) La condizione si deve adempire dalla persona a cui fu imposta, a favore di colui pel quale venne fissata, nel tempo e nel luogo stabilito, e nella forma prescritta (a).

4) Finalmente alcune condizioni si presumono effettuate, quantunque veramente non fossero, nei casi seguenti:

a) Quando colui che non ha interesse che la condizione s'effettui, mette ogni opera a non farla adempire (b).

(y) L. 1. §. 9. conf. con L. 11. de O. et A. (44.7).—§. 1. 2. Inst. de inut. stipul. (3. 19).—*Gai.* Instit. III. §. 97. 98.

(a) L. 39. §. ult. de statulib. (40. 7).—L. 44. pr. §. 1. 3. h. t. (35. 1). *Paul.* Qui heredi dare iussus est servo alieno instituto, non domino dare debet; nam et si alio herede instituto iussus est servo Titii dare, ipsi servo datur, quia, quae facti sunt, non transeunt ad dominum, quemadmodum si mihi aut servo Titii stipulatus sim, non Titio, sed servo eius dari potest, et haec vera sunt. §. 1. Sed quum heredi dare iussus est, videamus, ne domino dandum sit; et consequens est, et hic servo dari. §. 3. Contra, qui domino debet dare, non implet conditionem dando servo eius, nisi si dominus consenserit; nemo enim in tali specie conditionem, nesciente me vel nolente, implere potest. — L. 41. §. 12. de fideicom. lib. (40 5).

(b) L. 161. de R. I. (50. 17). *Ulp.* Iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest,

b) Quando quegli, in cui vantaggio è messa la condizione, la impedisce e così vi rinuncia (c).

c) E qualche volta, specialmente in favore della libertà, è ritenuta come adempiuta la condizione, quando colui che dovea adempirla, fu impedito per caso fortuito (d).

II. Per gli effetti delle condizioni è mestieri osservare queste regole:

1) Fintanto che la condizione sospensiva pende, il negozio civile non è compito; ma non sì tosto quella è avvenuta, che l'atto civile s'integra come se dal principio fosse stato conchiuso senza condizione *(retrotrahitur conditio ab initio negotii)* (e). Dal principio retroattivo della condizione nasce che:

a) Se sotto condizione si è fatta tradizione di una cosa, certamente ne resta la proprietà al tradente, il quale può prenderne qualunque disposizione voglia, come ipotecarla, costituirvi una servitù e simili; ma non appena la condizione è adempita, tutte queste limitazioni del diritto di proprietà sono annullate *ipso facto;* ancora la priorità di un diritto di pegno è computata dal momento della sua costituzione, e non dall'adempimento della condizione (f).

b) Gli effetti della condizione adempita non si alterano menomamente per morte intervenuta di qualcuna delle parti (g).

---

conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem, et legata, et ad heredum institutiones perducitur.— L. 81. §. 1. h. t. (35. 1).—L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1).—L. 50. de contrah. emt. (18. 1).—L. 38. de statulib. (40. 7).

(c) L. 24. h. t. (35. 1). *Iulian.* Iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset; quod plerique et ad legata, et ad heredum institutiones perduxerunt.—L. 14. 31. 78. eod.— L. 11. 23. h. t. (28. 7). —L. 34. §. 4. de legatis. (31.).— L. 5. §. 5. quand. dies (36. 2).

(d) L. 94. h. t. (35. 1).—L. 3. §. 8. 10. 11. L. 4. §. 5.—L. 20. §. 3. L. 28. pr. de statul. (40. 7). *Iavol.* Si hereditas eius, qui servum intra dies triginta mortis suae, si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam conditione deficitur, sed favor libertatis, eo rem perduxit, ut respondeatur expletam conditionem, si per eum, cui data esset, non staret, quominus expleretur.

(e) L. 78. pr. de V. O. (45. 1). *Ulp.* Si filius familias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.— L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4). —L. 16. de solut. (46. 3). — L. 105. h. t. (35. 1). — L. 18. de R. I. (50. 17).

(f) L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4). *Gai.* Videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est.

(g) §. 4. Inst. de V. O. (3. 15). . . . . Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si, priusquam conditio existat, mors no-

c) I frutti raccolti mentre pendeva la condizione debbono esser restituiti con la cosa dopo l'adempimento, avendo nondimeno sempre riguardo alla intenzione delle parti (1).

d) La stessa cosa è per la istituzione d'un erede sotto condizione; perocchè la successione ereditaria non può avere altra origine che la morte del testatore, di guisa che il diritto dell'erede può essere incerto per qualche tempo, ma tostochè sia accertato, farà sempre capo dalla morte del testatore.

e) Pel legato condizionato vale contraria regola circa i frutti raccolti dall'erede, mentre pendeva la condizione; poichè si è interpretata la volontà del testatore come se un termine, anzichè una condizione, avesse apposto (h).

f) Quando la condizione sta nell'arbitrio del debitore, non avrà luogo la retrotrazione e sì diritto come esercizio di esso avranno origine dall'adempimento della condizione; dappoichè fino a quel momento non esiste relazione giuridica di sorta alcuna (i).

2) Appena è certo che la condizione non può adempirsi *(conditio deficiens)*, si presume che la relazione giuridica non fosse mai venuta ad esistenza; laonde se un oggetto è stato alienato *pendente conditione*, mancando questa, è rivendicato da colui che l'avrà trasferito; così che questi avrà diritto non solo alla proprietà dell'oggetto, ma a tutti i frutti raccolti dal possessore *pendente conditione* (j).

3) Al contrario nel tempo che pende la condizione risolutiva il negozio civile si ritiene come compiuto, come se fosse stato conchiuso senza condizione, ma appena la condizione si avvera, l'atto si risolve in modo come non fosse stato mai conchiuso *(conditio retrotrahitur ab initio negotii)* (k). Per la qual cosa la proprietà ritorna *ipso facto* al tradente con

bis contingerit.— §. 25. Inst. de inut. stip. (3. 19). — L. 36. §. 1. fin. de usuf. (7. 1). — L. 8. pr. de per. et com. (18. 6).— L. 57. de V. O. (45. 1). *Iulian.* Si quis, *si Titius consul factus erit*, decem dari spoponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum. — L. 2. §. 5. de don. (39. 5).

(h) L. 22. pr. quando dies (36. 2). L. 15. §. 6. L. 24. §. 1.— L. 88. §. 3. ad Leg. Falc. (35. 2).—L. 18. pr. L. 33. 57. pr. ad SC. Trebell. (36. 1).

(i) L. 108. in fin. de V. O. (45. 1). *Iavol.* Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. — L. 9. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4). — L. 3. in fin. quib. mod. pign. (20. 6).

(j) L. 37. de cont. emt. (18. 1). *Ulp.* Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset; *erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est*, mox inveniatur non emtus, sed donatus testatori, videtur quasi sine pretio facta venditio; ideoque similis erit sub conditione factae venditioni, quae nulla est, si conditio defecerit. — L. 8. pr. de per. et com. (18. 6).—L. 21. fin. de solut. (46. 3).

(k) L. 3. de contr. emt. (18. 1). *Ulp.* Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione.— L. 2. de in diem add. (18. 2). — L. 1. de L. commis. (18. 3). — L. 4. C. de pactis int. emt. (4. 54).

tutti i frutti, e tutte quelle disposizioni prese sulla cosa, le quali, valide fino all'avvenimento del fatto, sono annullate (l) (2).

ANNOTAZIONI

(1) Il diritto dell' acquirente dopo adempiuta la condizione è stato oggi in parte contrastato dal *Vangerow*, il quale pone la regola generale che la retroattività della condizione si estende al solo diritto e non all' esercizio di esso, e che il promissario non avrà altro diritto dopo adempita la condizione che d' avere solamente la cosa, e non i frutti di essa (m). Questa dottrina ci sembra poco in accordo coi principii generali della condizione, i quali possono restringersi in queste parole: *pendente conditione* il negozio civile non esiste completamente, ma posciachè la condizione è piena, si giudica perfetto dal momento della sua conchiusione; ora secondo quel dotto giurista da una parte concediamo il diritto fin dalla conchiusione dell' atto, dall' altra parte veniamo a negare le conseguenze di questo diritto; dato adunque che il promettente avesse fatto suoi i frutti *pendente conditione*, adempiuta questa, dovendosi giudicare il promissario come proprietario dal momento della conchiusione del contratto, per essere ragionevoli non potremmo negargli gli effetti immediati del diritto di proprietà, ossia i frutti di già arretrati; perocchè se il promettente deve cessare di esser proprietario non dall' adempimento della condizione, ma dalla conchiusione del contratto, non v' è ragione perchè egli dovrebbe ritenere per sè i frutti raccolti nel frattempo, ossia in quel tempo nel quale egli non dev' essere più considerato proprietario. Si potrebbe certamente rispondere che il promettente raccolse i frutti in virtù del diritto di proprietà ch' egli avea ancora *pendente conditione*, e che il diritto del promissario sui frutti comincia dal solo momento della tradizione, la quale segue dopo adempiuta la condizione. Questa obbiezione per quanto grave sembri a primo aspetto, pure non abbatte la nostra dottrina; imperocchè gli effetti della tradizione dovrebbero aver principio dalla giusta causa della tradizione medesima, ossia dalla conchiusione del contratto come lo stesso diritto di proprietà, ch' è un effetto della tradizione. Infine se il diritto di proprietà del promettente è da tanto da fargli tenere per sè i frutti anche quando è avvenuta la condizione, lo stesso dovrebbe essere ancora per la condizione risolutiva: pendente la quale, il promissario si considera proprietario e raccoglie i frutti in forza del suo diritto di proprietà ; ora non appena la condizione risolutiva si avvera, egli è obbligato a restituire i frutti raccolti *pendente conditione;* ma le condizioni del promettente mentre pende la sospensiva, non sono le medesime di quelle del promissario mentre pende la risolutiva ? E se così è, non dovrebbero valere le conseguenze medesime? È vero, entrambi sono certi della loro proprietà, finchè non avviene la condizione, ma tostochè essa si avvera, questi non è considerato più proprietario fin dalla conchiusione dell'atto, o con altre parole il suo diritto di proprietà si risolve, e similmente quegli, proprietario ancora pendente condizione, è spogliato del suo diritto. Per sostenere ad ogni modo la sua opinione il dotto e facondo professore di Heidelberga ammette, che ciò si debba ritenere per presunta intenzione

---

(l) L. 41. pr. de rei vind. (6. 1). — L. 4. §. 3. de in diem add. (18. 2). — L. 3. quib. mod. pign. (20. 6). — Ved. not. preced.

(m) *Vangerow*, O. c. §. 95.

delle parti. Dunque bisogna in qualunque caso tener presente la volontà delle parti; ma quando questa non si manifesta, bisogna ricorrere ai principii generali. Nè fa caso quell'altra obbiezione; che se questa conseguenza fosse vera si applicherebbe ancora ai legati, pei quali regge una regola contraria; dappoichè generalmente, e non a torto, nei legati si è voluto vedere piuttosto un termine apposto all'atto, anzichè una condizione: *per conditionem tempus demonstratur* (n).

(2) È pure controverso se, avvenuta la condizione risolutiva, il diritto di proprietà si estingue, ovvero nasce solo l'obbligo *ad rem restituendam*. È comune opinione che il diritto di proprietà si estingue *ipso facto*, in guisa che tutte le disposizioni prese dal proprietario interino sono annullate interamente, ed il vero proprietario, ch'è il promettente, potrà rivendicare l'oggetto da ogni terzo possessore; in una parola il dominio è rivocato *ex tunc* e non *ex nunc*. Ultimamente il *Riesser* in una dissertazione ha perfettamente negata questa teoria comunemente accettata (o). Questa controversia ha occupato molti grandi ingegni di Alemagna, e perchè la dottrina del *Riesser* abbatte perfettamente la comune opinione, non è inutile di esporne almeno i punti principali.

Il *Riesser* adunque opina, che appena si compie la condizione risolutiva, il promettente non avrà altro diritto che d'obbligar l'altro a riconsegnargli l'oggetto: però salve rimangono tutte le disposizioni e le parziali alienazioni prese e fatte dal proprietario temporaneo, e per esse il vero proprietario avrà solamente l'azione di risarcimento; questa revocazione del dominio sarebbe adunque *ex nunc*. Egli così ragiona: quando per mezzo di un atto si trasferisce ad una persona la proprietà sotto una condizione resolutiva, ciò significa, che la proprietà è immediatamente passata al promissario, a condizione che essa, dopo avvenuto il fatto della condizione, ritorni al promettente. Se si dice che questo ritorno avviene da sè senza bisogno di riconsegna, come se il promettente non fosse cessato di esser proprietario, questa è solamente una finzione, che bisogna sia provata per legge. Ora deve sembrare massimamente improbabile, che tale finzione possa essere in aperta contraddizione col principio fondamentale del diritto romano; poichè la proprietà non si acquista col solo contratto, ma evvi bisogno della tradizione. Ritenendosi adunque la comune opinione, che in forza di un solo contratto sulla restituzione aggiunto al contratto principale si possa riacquistare la proprietà, si viene a contraddire un principio fondamentale del diritto romano. Per quanto ingegnosa possa essere questa argomentazione pure non basta a convincerci. Non possiamo contraddire il principio dell'acquisto della proprietà, ma l'applicazione a questo caso ci sembra poco esatta; imperciocchè bisogna convenire, che il contratto, fondamento della tradizione, può più da vicino limitare o determinare il modo come la tradizione dovrebbe effettuirsi. La *iusta causa* è un elemento essenziale del trasferimento della proprietà, perciò questa può essere trasferita nella medesima guisa, come è stata determinata nel contratto, quando per contratto è stabilita. La stessa durata della proprietà può essere limitata dalla giusta causa, di maniera che quando nel contratto si è stabilito che la proprietà dell'acquirente dovrebbe durare per un tempo determinato, si ha che questi potrà essere proprietario fino a quel tempo determinato, cosicchè, giunto il momento, egli non è più proprietario, ed una retradizione nel significato giuridico della parola in questo caso non solo non è necessaria, ma non è neppure possibile; poichè quello che non si ha, non si può trasferire agli altri. Quando si è riconosciuta la vera natura ed applicazione di questo principio, non si può non ammettere, che, qualunque disposizione presa sull'oggetto, cada da se stessa nel tempo determinato. Ora il contratto con condizione resolutiva determina e limita la proprietà dell'acquirente, e conseguentemente nell'istesso momento che la condizione si è avverata, cessa di esistere la sua proprietà con tutte le disposizioni prese sull'oggetto; ed in questo modo il *dominium revocabile ex tunc* corrisponde perfettamente alla natura delle giuridiche istituzioni. Non è mestieri protrarre il ragionamento, quando vi sono una quantità di leggi in sostegno della comune opinione, che *Riesser* ha voluto arbitrariamente interpretare; in un passo di Ulpiano (p) alle parole: *rem pignori esse desinere*, egli vuol aggiungere: *rem pignori esse non desinere*, ed in un altro passo di Ulpiano contenente lo stesso principio (q), per salvare la sua teorica vuol vedere piuttosto una condizione sospensiva, che una resolutiva.

(n) L. 22. quando dies (36. 2).—V. *Thibaut*, Dissert. civili pag. 362.—*Savigny*, O. c. §. 120.

(o) Giornale di Giessen, II. pag. 1. ss. pag. 270. ss.

E non è meno arbitraria l'interpretazione del *Riesser* ad un altro frammento di Ulpiano ancor più chiaro de' precedenti. Il romano giurista così scrive : « *Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem , iam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit* (r).

Per questa legge adunque è stabilito chiaramente il principio, che appena si compie la condizione risolutiva, il compratore non potrà far uso della *rei vindicatio* che prima gli era concessa, ossia immediatamente cessa in lui il diritto di proprietà. Ora il nostro giurista vuole che, per interpretare convenientemente questo passo, è mestieri supporre il caso, che lo stesso compratore abbia già perduto il possesso, e sia per conseguenza nello stato d'intentare l'azione rivendicatoria. Quando in questo stato di cose si avvera la condizione, ossia vien fatta al promettente una migliore offerta, questi per mezzo dell' *actio venditi* potrà obbligar il primo compratore alla cessione della *rei vendicatio* ; la quale cessione devesi nel nostro caso e negli altri simili supporre come di già avvenuta. Per la qual cosa in forza della cessione, e non per conseguenza della condizione risolutiva, vien negata da Ulpiano al compratore l'azione rivendicatoria. Quanto sia arbitraria una tale interpretazione non è chi nol vegga, nascendo da una supposizione che la legge non ci permette di fare ; nè si potrà mai comprendere come un' azione così importante, qual è la rivendicazione, sia ceduta o si supponga ceduta *ipso facto* ; mentre la cessione di un interdetto di minima importanza *(interdictum de vi aut clam)* suppone necessariamente un *actio venditi* (s). Lo stesso si può dire di tutti gli altri passi che a questa teorica si riferiscono, interpretati dal *Riesser* : così in altre leggi (t), dove è detto che quando si è fatta una vendita secondo la legge commissoria, e al venditore non è stato pagato il prezzo in un tempo determinato , gli si concede la *rei vendicatio*, il nostro giurista vuol vedere piuttosto una condizione sospensiva , mentre nella legge commissoria si presume sempre una condizione risolutiva, come attesta lo stesso Ulpiano nella legge 1. de leg. comm. (u).

(p) L. 4. §. 3. de in diem. add. (18. 2). — L. 3. quib. mod. pign. (20. 6).

(q) L· 3. quib. modis pign. (20. 6).

(r) L. 41. de rei vind. (6 1.).

(s) L. 11. §. 10. quod vi aut clam (43. 24). — L. 4. §. 4. de in diem. add. (18.2).

(t) L. 8. de lege comm. (18. 3). — L. 4. C. de pact. int. emtor. et venditor. (4. 54).

Impossibile è ancora di accettare l'interpretazione dello stesso autore della L. 13. de pignor. act. (13. 7.); imperocchè questa legge suppone il caso, che un creditore pignoratario venda la cosa impegnata, e la venda a condizione che il debitore riprenda l'oggetto, quando avrà dato al compratore il prezzo della compra; ora in questo caso il debitore può intentare contro il compratore dell'oggetto impegnato la rivendicazione. L'interpretazione più logica di questo passo è, che il creditore pignoratario intraprende la vendita dell'oggetto impegnato in nome del debitore sotto una condizione resolutiva; mentre il *Riesser* nega che vi sia vendita dell'oggetto, ed opina che si debba giudicare come una cessione del pegno; il che è impossibile in quanto che in questo caso per far uso della *rei vindicatio* bisogna che il debitore presti non la obbligazione per cui sta il pegno, ma l'equivalente della compra.

L'errore del *Riesser* è venuto dal non aver distinti due casi tra loro differenti. E di vero quando si trasmette una cosa senza limitazione o condizione nella proprietà altrui, e si ha facoltà di prender l'oggetto in un tempo determinato, o in determinate circostanze, è chiaro che, venendo il tempo, o accadendo quella circostanza, il tradente avrà solamente diritto alla riconsegna della cosa; erroneo è certamente confondere questo caso con l'altro; quando, cioè, è limitato il tempo della tradizione, ossia quando nello stesso momento che si trasferisce l'obbietto si stabilisce che la proprietà dell'acquirente dovrà durare fino a tempo determinato; perocchè questa è una vera condizione risolutiva. Ora tutti gli argomenti di legge che il *Riesser* cita a conforto della sua opinione, si riferiscono tutti al primo caso (v). Più apparenza di ragione ha il nostro autore da cinque leggi (x), nelle quali si stabilisce, che fatta una vendita con la condizione della commissoria, o dell'*addictio in diem*, il venditore, avvenuta la condizione, può intentare l'*actio venditi* per avere i frutti raccolti dal compratore *pendente conditione*. Questo argomento non sta per nulla in opposizione del principio da noi stabilito; e per certo in queste leggi non si nega la *rei vindicatio* per conseguire l'oggetto principale; e quanto ai frutti poi il venditore non li potrà mai rivendicare, anche quando fossero *extantes*, per la ragione, che questi non furon mai nella sua proprietà.

Un altro argomento crede il *Riesser* di trovare nella L. 19. *de usurp.* (41. 3.), nella quale si domanda, quando un negozio è stato conchiuso sotto una condizione risolutiva, se il riacquirente può ascrivere a se il possesso del primo acquirente *pendente conditione*. Giavuleno crede di rispondere affermativamente e la sua ragione è la seguente: *quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis; in qua non dubito tempus eius qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.* Prima di tutto in questa argomentazione non si tratta del principio della perdita immediata del diritto di proprietà, nè che avverandosi la condizione risolutiva, avvenga qualche cosa di più che non la semplice accessione di tempo, ossia la retradizione, il perchè Giavuleno mette da una parte una simile quistione; ma dalla medesima argomentazione ne segue che in rapporto all'accessione è messa analogia dell' *actio redhibitoria*, ma non perchè questa analogia debba valere in ogni rapporto, poichè qui devesi piuttosto ritenere un argomentazione *a maiori ad minus*, in questo modo; quando nell'azione redibitoria ha luogo l'accessione, lo è anche quando si avvera una condizione risolutiva, poichè in entrambi i casi la proprietà dell' acquirente avviene *ipso facto*. Finalmente non è più felice l' argomentazione sulla Leg. 7. §. 3. del I. D. (23. 3.), poichè in questo caso non si tratta di una condizione risolutiva, ma di una *conditio ob causam datorum*.

(u) Conf. L. 1 C. eod.

(v) L. 15. de cond. cau. dat. (12. 4). — L. 2. de cond. ind. (12. 6.) — L. 12. de praes. ver. (19. 5.). — L. 3. C. de pact. (5. 54.).

(x) L. 4. pr. L. 5. de leg. com. (18. 3.).—Conf. L. 6. §. 1. de cont. emt. (18. 1).— L. 4. §. 4. L. 16. de in diem add. (18. 2.).

§. 53.

B. Della determinazione del tempo.

Savigny, III. §. 125-127. — *Mühlenbruch*, Comment. XLI. pag. 53.

Un'altra parte accidentale di un negozio è la determinazione del tempo, e consiste nel fissare un giorno in cui devono o incominciare o aver termine gli effetti di un negozio civile. Su ciò bisogna considerare le regole seguenti:

1) La determinazione del tempo può riferirsi: a) o ad un punto fisso invariabile nella successione del tempo (un giorno delle calende) (a); b) o ad un fatto che dovrà seguire in un punto qualunque della successione medesima, p. e. il giorno dopo la mia morte; c) ovvero ad un avvenimento che dovrebbe accadere in un punto stabilito, ma non si sa se avverrà; d) o finalmente ad un fatto che può o no avvenire in un tempo qualunque.

O con altre parole il giorno può essere: assolutamente certo *(dies certus)*, se si sa che deve venire e quando; relativamente certo *(dies incertus)*, quando si sa che deve avvenire, ma s'ignora il quando (b); relativamente incerto, se si sa quando dovrebbe avvenire, ma s'ignora se avverrà: p. e. il giorno in cui un terzo compie l'età legale; e finalmente assolutamente incerto, se s'ignora se avverrà e quando (c). Ora di queste quattro combinazioni le prime due valgono quali determinazioni di tempo, giacchè le altre due si confondono con le condizioni, e quindi sono sottoposte alle regole di queste (d). Una eccezione può farsi per la determinazione di tempo relativa ad un fatto, che si conosce quando, e s'ignora se avverrà, qualora la intenzione delle parti è, che si debba aspettare assolutamente quel punto determinato, in cui la circostanza deve accadere (e).

(a) L. 44. §. 1. de O. et A. (44.7.). *Paul.* Circa diem duplex inspectio est, nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem; ex die, veluti *kalendis Martiis dare spondes?* cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur; ad diem autem: *usque ad kalendas dare spondes?* Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum; nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi; plane post tempus stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sic et in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat quae natura solo cohaeret. — V. anc. §. 2. Inst. de V. O. (3.15.). — L. 34. de hered. inst. (28.5.).

(b) L. 41. 46. pr. §. 1. 47. de V. O. (45. 1). — L. 21. pr. quando dies. (36. 2).

(c) L. 21. pr. 22. pr. l. c. (36. 2).—L. 1. §. 1. de cond. et demonst. (35.1).—L. 1. §. 2. de condit. et demonst. (35.1). *Pompon.* Dies autem incertus est, quum ita scribitur: *heres meus cum morietur, decem dato*; nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem — V. anc. 75. ibid. §. 1.—L. 17. de cond. indeb. (12. 6).—L. 12. §. 1. L. 77. §. 10. de legatis (31).

La vera determinazione del tempo è adunque la prima e la seconda combinazione, chiamandosi *dies certus*, il giorno delle calende, *dies incertus* la determinazione ch' è relativa ad un avvenimento di cui s'ignora solamente il quando.

2) La determinazione del tempo similmente come le condizioni può riguardare o il principio o la fine dell' atto stesso; nel primo caso dicesi *dies a quo*, *in diem*, *ex die* (f), nel secondo *dies ad quem*, *ad diem* (g).

Il primo termine dinota il giorno, in cui un negozio civile comincerà ad avere i suoi effetti, il secondo quello, in cui l'affare giuridico terminerà di avere efficacia.

3) Non si voglia per tanto confondere la determinazione del tempo con la condizione; la differenza sta nella diversa natura di questi due elementi accidentali di un negozio civile; imperocchè la condizione riguarda un avvenimento futuro, ma essenzialmente incerto, la determinazione del tempo un fatto essenzialmente certo o un giorno delle calende. Quantunque poi il tempo riguardasse il principio o la fine dell'atto, e si assomigliasse alla condizione sospensiva e alla risolutiva; pure è da considerare, che la determinazione del tempo non riguarda la esistenza o non esistenza della relazione giuridica come la condizione, ma solamente gli effetti della medesima, restando intatta in ogni caso la validità dell' atto intrapreso (h).

(d) L. 56. conf. L. 16. 18. de cond. indeb. (12. 6). — L. 21. pr. L. 22. pr. cit. (36. 2).

(e) L. 5. C. quando dies (6. 53). — L. 46. ad SC. Trebell. (36. 1).

(f) L. 56. de cond. indeb. (12. 6).—L. 34. de hered. inst. (28. 5).—L. 45. de O. et A. (44. 7).—§. 2. Inst. de V. O. (3. 15).—L. 8. 10. 46. de V. O. (45. 1).213. pr. de V. S. (50.16).*Ulp.* Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, cum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit, et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione.—L. 16. pr. de hered. pet. (5. 3).—L. 43. §. 1. de iur. dot. (23.3).—L.22. de cond. inst. (28. 7).—L. 27. qui et a quib. (40. 9). — L. 22. de O. et A. (44. 7).

(g) L. 34. de her. inst. (28. 5). — L. 44. §. 1. de O. et A. (44. 7).

(h) §. 2. 4. Inst. de V. O. (3. 15). . . . . In diem, quum adiecto die, qua pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti: *decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes?* id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies veniat, non potest.—L.46. pr. de V.O. (45. 1).*Paul.* Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.—L. 2. C. de don. sub. mod. (8. 55).—L. 5. de nov. (46. 2).

Non ad ogni specie di negozio giuridico può essere aggiunta una determinazione di tempo; vi sono atti che restano viziati da un tal termine apposto, atti ne' quali ogni determinazione di tempo è considerata come non messa, o ritenuta come una condizione, il che sarà manifesto a suo luogo (i).

§. 54.

C. Del modo.

T. C. de his, quae sub modo legata vel fideicomm. relinq. (6. 53). — *Savigny*, III. §. 128. 129.

Nelle donazioni e nelle disposizioni di ultima volontà occorre un altro elemento accidentale, per mezzo del quale s'ingiunge a colui che riceve vantaggio di adoperare l' obbietto ricevuto, od il suo equivalente in tutto o in parte per uno scopo determinato; o di dare qualche cosa (a) senza che vi sia una obbligazione dell' altra parte: ciò è detto da' Romani *modus*.

2) Il modo non mette in forse come la condizione l'acquisto di un legato, o di una donazione, ma fa nascere in colui che riceve il benefizio l'obbligazione di adempiere l'incarico impostogli (b).

3) Qui torna acconcio di far rilevare la differenza che passa tra condizione e mòdo; la condizione sospensiva o risolutiva tiene all' esistenza della stessa relazione giuridica; poichè nell'un caso è incerto se verrà alla esistenza, nell'altro è dubbio se continuerà ad esistere; mentre di un negozio giuridico *sub modo* la esistenza è certa, e gli effetti seguono immediatamente, se non che evvi l'obbligazione di adempire il modo: per la condizione bisogna attendere che l'avvenimento si avveri, affinchè l' interessato potesse far uso del suo diritto, dove nel modo ciò si potrà, prima

---

(i) L. 77. de R. I. (50. 17). *Papin.* Actus legitimi, qui non recipiunt diem, vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. — L. 34. de her. inst. (28. 5). *Papin.* Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.—§. 9. Inst. de hered. inst. (2. 14).

(a) L. 17. §. 4. de condition. et demonst. (35. 1). *Gaius.* Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur. — L. §. 2. de manumiss. test (40. 4).

(b) L. 80. de cond. et demonst. (35. 1). — L. 9. C. de donat. (8. 54). *Dioclet.* et *Maxim.* Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio, id est praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.

che vi si adempisse, per via di cauzione (c); così ancora, se la condizione sospensiva non si avvera, o si avvera la risolutiva, l'atto è considerato come mai fosse esistito; quandochè l'inadempimento del modo non annulla l' atto, ma obbliga ad eseguire la volontà del testatore: e, se è impossibile, o il subbietto trova impedimento nell'adempiere al modo, esso è considerato come adempiuto (d).

4) Quantunque il modo faccia sorgere una obbligazione, pure non si dà in diritto azione alcuna per costringere il beneficato ad adempierlo, e la ragione è che non vi ha persona la quale abbia diritto di credito, e in alcune istituzioni l'azione per l'adempimento del modo è impossibile; e di vero in una istituzione di erede *sub modo,* non avvi altra persona interessata alla esecuzione del medesimo, ed in questo caso l'autorità giudiziaria potrà solamente costringere l'unico erede o con straordinarii mezzi coercitivi, o col rifiutare l' azione di eredità proposta dallo stesso erede. Se sono molti eredi, allora un coerede con la stessa *actio familiae erciscundae* potrà costringere all'adempimento colui, a cui fu imposto il *modo*.

Una vera forma di obbligazione prende il *modo*, quando è imposto ad un legatario, in quanto che l'erede prende il posto del defunto, e costringe il legatario all'adempimento, negandogli il legato per mezzo dell'*exceptio doli*, o può essere costretto dall'autorità stessa (e). Finalmente quando il modo è aggiunto ad una donazione, indipendentemente da molti casi speciali, che saranno considerati a suo luogo, lo stesso donante può costringere il donatario per mezzo della *condictio ob causam datorum*, ovvero anche un terzo, che ne può essere interessato, con una *utilis actio* (f).

(e) L. 40. §. 5. L. 71. pr. §. 1 2. L. 80. de cond. et demonst. (33. 1). — L. 19. de legatis (32). *Valent.* Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.

(d) L. 37. de cond. et demonst. — L. 7. de annuis legat. (33. 1.). — L. 8. §. 6. 7. de condit. inst. (28. 7.). *Ulp.* . . . . . Idem est, et si ita heres institutus esset quis: *Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat*, aut: *Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat;* nam mortuo Sticho nemo dicet, summovendum eum; non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit, implenda est enim voluntas, si potest.

(e) L. 40. §. 5. — L. 71. pr. §. 1. 2. — L. 80. de cond. et demonst. (35. 1.). — L. 48. de fid. lib. (40. 5.). *Iul.* Quum in testamento scriptum est; *Stichum Titio lego*, vel: *heres meus dato ita, ut eum Titius manumittat*, dixi, petenti legatario Stichum exceptionem doli mali obstituram, nisi caverit, se libertatem secundum voluntatem defuncti praestiturum. — L. 21. §. 3. de ann. leg. (33. 1.). — L. 17. de usu leg. (33. 2.). — L. 25. C. de legatis (6. 37.).

(f) L. 3. 8. C. de cond. ob causam (4. 6.). *Valerian. et Gallien.* Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur. — L. 3. C. de don. quae sub modo (8. 55.).

§. 55.

III. Nullità de'negozii civili.

Savigny, IV. §. 202. 203.

1) Quel negozio civile al quale mancano i requisiti essenziali è nullo, ossia esso ha solamente apparenza, ma non esiste giuridicamente.

2) Quel negozio civile il quale esiste per sè stesso, ma che pei suoi effetti può essere attaccato come nullo per mezzo di un'azione giudiziaria, di una eccezione, o della restituzione per intiero, chiamasi rescindibile, ed è reso nullo in quanto ai suoi effetti da una sentenza.

3) La differenza che esiste tra queste due specie di nullità è rilevante; imperciocchè nel primo caso propriamente parlando non esiste negozio civile, si nega adunque la sua esistenza; mentre nel secondo caso il negozio esiste, ma i suoi effetti sono contrastati da un altro diritto; il quale avendo esistenza indipendente, dal momento che per un'altra circostanza si estingue, come per prescrizione, rinunzia, ecc., rimane il negozio già rescindibile nella sua intera validità.

4) La nullità può seguire da un avvenimento indipendente dall'umano arbitrio, come quando una condizione sospensiva è deficiente, o si avvera una condizione resolutiva: similmente motivi dipendenti dalla umana volontà ponno operare la rescissione; dappoichè una eccezione, un'azione o altro mezzo giudiziale ed estragiudiziale rende invalido un negozio civile, quando altri si determini a combatterlo con questi mezzi.

5) Il motivo di nullità può essere già inerente al negozio civile, ossia fin dal principio della sua esistenza; ovvero può avvenire posteriormente, e questo vale tanto per la nullità propriamente detta, quanto per la rescissione. Così p. e. un testamento che manca delle formole richieste, o che dimentica un *suo*, oppure fatto da un impubere sarà nullo fin dal suo nascere; ma quando addiviene nullo per la nascita di un postumo, esso è dal suo principio valido, ed è addivenuto nullo per questa circostanza posteriore. Dall'altra parte quando si è fatto un atto giuridico sotto la influenza di una minaccia, esso è rescindibile fin dal principio; mentre quante volte un'obbligazione è resa di nessun momento da una eccezione di prescrizione, o da una sentenza giudiziaria, il motivo non è nell'atto stesso, ma vien di poi.

6) Quando il motivo di nullità non riguarda propriamente la essenza del negozio civile, ma piuttosto qualche parte accessoria del medesimo,

allora si annullerà la parte viziosa solamente, ma intatto resterà l' atto principale: *Utile per inutile non vitiatur* (a).

Un negozio civile il quale, valido dal principio, fu reso invalido da una circostanza, se questa sparisce, riprende novellamente la sua antica validità in modo come se non vi fosse contro ostacolo di sorta; questo novello cambiamento del negozio civile appellasi *convalescenza*, sulla quale è da notare:

1) Quanto alla nullità i Romani si sono espressi in generale contrarii a questa massima (b), specialmente nei testamenti e ne' legati per mezzo della regola Catoniana, la quale non è se non la ripetizione della massima generale: *quod initio vitiosum est, etc.* (c).

2) Ciò non ostante vi sono casi in cui la *convalescenza* dell'atto nullo è riconosciuta, ed a questo proposito è difficile stabilire una regola generale; ma è d'uopo decidere secondo i casi particolari: p. e. quando un non proprietario vende una cosa, ma più tardi addiviene proprietario, si convalida la vendita senza bisogno di novella tradizione (d).

In rapporto poi ai negozii rescindibili la *convalescenza* ha sempre forza, poichè in questo caso l'ostacolo che può rendere inefficace un affare giuridico consiste nel diritto di un terzo, che a sua volta può essere anche nullo, e può venir meno.

3) Finalmente non devesi confondere la *convalescenza* con la *conversione*, che avviene quando un fatto giuridico nullo per forma o per vizio di parte essenziale, si cambia di forma o si spoglia del vizio: il che vuol dire che il negozio civile riceve un'altra forma ed acquista un altro carattere: e se in quest' ultima forma l'atto è valido, non è dal momento della conchiusione dell'atto medesimo, come nella *convalescenza;* ma dal punto che prese la novella forma. Un caso di conversione è il mantenere un testamento per mezzo della clausola condicillare (e).

(a) L. 11. §. 1. de pecun. const. (13. 5.). — L. 9. de usuris (22. 1.). — L. 1. §. 5. de V. O. (45. 1.). *Ulp.* Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem.

(b) L. 29. eod. *Paul.* Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

(c) L. 201. de R. I. (50. 17.). — L. 1. pr. de reg. Caton. (34. 7.).

(d) L. 42. de usurp. (41. 3.).

(e) L. 1. de iure codic. (29. 7.).— L. 8. C. de codicill. (6. 36.).— L. 8. pr. de accept. (46.4.);

§. 56.

IV. Della interpretazione dei negozii civili.

La volontà che si è determinata in un affare giuridico può lasciar campo al dubbio ed all' ambiguità, onde non appare la vera intenzione delle parti (a).

È quindi mestieri cercare la vera idea delle parti per mezzo della interpretazione. Anche qui possiamo avere l' interpretazione autentica e la dottrinale, secondochè l'interpretazione è fatta da quell'individuo che fece l'atto, ovvero da un terzo.

Le regole di questa interpretazione sono quasi le medesime di quelle applicate per la interpretazione delle leggi: con alcuna differenza nascente dal carattere e dalla natura de'negozii giuridici; e particolarmente:

1) Quando le parole sono per sè chiare non si dà luogo ad interpretazione (b).

2) Quando le parole sono per sè ambigue, come nell'interpretazione delle leggi, debbonsi primieramente spiegare grammaticalmente le parole, che esprimono la volontà, avendo riguardo naturalmente all' intenzione delle parti e all'uso della lingua (c).

3) Se dopo tale pruova rimane ancora ambiguità, si deve allora accettare quel significato secondo cui il negozio esiste, o che risponde alla sua forma e al suo carattere (d).

4) Così ancora nel dubbio bisogna accettare la più mite opinione, ed

---

(a) L. 96. de R. I. (50. 17). *Marcian.* In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset. — L. 219. de V. S. (50. 16). — L. 3. de reb. dub. (34. 5.). *Paul.* In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus; itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur. — L. 7. §. 2. de supell. legat. (33. 10.). — L. 3. C. de liber. praet. (6. 28.). — L. 21. §. 1. qui testam. fac. (28. 1.). — L. 12. de transact. (2. 15.). — L. 9. pr. de hered. inst. (28. 5.).

(b) L. 25. §. 1. de legatis (32). *Paul.* Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio. — V. L. 3. C. de liber. praet. (6. 28.).

(c) L. 65. §. 7. *Marc.* Ovibus legatis agni non continentur; quamdiu autem agnorum loco sunt, ex usu cuiusque loci sumendum est, nam in quibusdam locis ovium numero esse videtur, quum ad tonsuram venerint.— L. 69. princ. eodem. de legatis (32).— L. 34. de R. I.— L. 18. §. 3. de inst. leg. (33. 7.).

(d) L. 12. de reb. dub. (34. 5.). *Iulian.* Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat. — L. 66. de iud. (5. 1.). *Ulp.* Si quis intentione ambigua, vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est.— L. 80. de V. O. (45. 1.). — L. 67. de R. I.

in ispecial modo nelle obbligazioni unilaterali è mestieri preferire quella opinione secondo cui quegli che si obbliga è meno aggravato (e).

5) Nei negozii civili bilaterali in caso di dubbio si presume contro colui il quale stipulava l'atto, e che poteva esprimersi più chiaramente (f).

6) Finalmente vi sono alcuni fatti sempre favoriti *(causae favorabiles)*, e per conseguenza devesi interpretare sempre in loro favore; queste cause sono la libertà, la dote, e le dichiarazioni di ultima volontà (g).

7) Come l'interpretazione più o meno larga di un negozio civile può portare alcun pregiudizio, così son dati a colui, che si crede pregiudicato dalla interpretazione di un atto, dei mezzi, come la protesta e la riserva, diretti contro un possibile pregiudizio; senza che si possa con ciò mettere valido ostacolo alle conseguenze indipendenti dalla volontà di colui che agisce, e senza che possa menomare il diritto di un altro.

SEZIONE III.

FATTI ILLECITI.

§. 57.

I. Idea de' fatti illeciti.

1) Il fatto illecito è quello che direttamente o indirettamente viola la legge. Ma affinchè possa dirsi tale, è mestieri che l' azione da cui origina abbia due requisiti, obbiettivo e subbiettivo. Affinchè avesse luogo una obbiettiva illegalità, conviene che il fatto sia già determinato ossia prodotto da volontà già dichiarata, e che abbia già violata la legge; un tentativo in diritto privato non costituisce violazione di legge. Perchè vi fosse il secondo elemento, fa d'uopo che l'azione illegale sia imputabile a determinata persona; quando invece vi esiste un fatto illecito, ma si rileva che colui il quale lo produsse non ebbe intenzione di violar la legge, non è impu-

---

(e) L. 9. de R. I. *Ulp.* Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. — L. 56. de R. I. — L. 34. eod.

(f) L. 39. de pactis (2. 14). *Papinian.* Veteribus placet, pactionem obscuram venditori et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. — L. 21. 33. de contrah. emt. (18. 1.). — L. 38. §. 18. de V. O. (45. 1.). *Ulp.* In stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.— L. 172. pr. de R. I.

(g) L. 85. pr. de R. I. In ambiguis pro dotibus respondere melius est.—L. 179. eod. *Paul.* In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati. — L. 24. de reb. dub. *Marcell.* Quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. — V. anc. L. 12. de R. I.

tabile, perchè l'azione non è effetto di libera determinazione della volontà. Sol quando in un fatto coincidono questi due elementi, esso è illecito nel senso proprio e produce effetti giuridici.

2) Quando un tal fatto esiste, consegue in rapporto al diritto privato:

a) Che un'azione vietata non potrà mai migliorare la condizione dell'attore (a).

b) Che il fatto illecito può portare con sè la conseguenza che il delinquente sia obbligato al risarcimento de' danni; altra conseguenza più dura consistente nella pena privata, ossia in ciò che l'autore del fatto debba dare a colui il quale fu pregiudicato dalla sua azione più di quello che gli deve; sicchè in fine si opera un vero cambiamento di patrimonio, scemandosi quello dell'autore del fatto vietato, ed accrescendosi quello del danneggiato.

§. 58.

II. Della colpa.

Donell. Comm. iur. civil. l. XVI. c. 7.— *Hasse*, La colpa in diritto, Kiel 1815.— *Elvers*, Doctr. iur. civ. rom. de *culpa* prima lineamenta, Gött. 1822.

La colpa consiste in quel movimento della umana volontà, per mezzo del quale una persona si manifesta autore di una illegalità (a).

1) La colpa può consistere tanto in un'azione *(culpa in faciendo)*, quanto in una omissione *(culpa in non faciendo)* (b) nelle seguenti forme; il fatto può esser prodotto con piena risoluzione, può commettersi sia che scientemente si compie un'azione, sia che scientemente si omette; in questi casi vi è sempre l'intenzione di contraddire alla legge, ed i Romani l'appellavano *dolus, dolus malus* (c). Un'azione al contrario che si

---

(a) L. 134. §. 1. de R. I. (50. 17.). *Ulp.* Nemo ex suo debito meliorem suam conditionem facere potest.

(a) L. 5. §. 1. *Ulp.* Iniuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est, si culpa quis occiderit, et ideo interdum utraque ratio concurrit, et legis Aquiliae, et iniuriarum; sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. — L. 9. §. 4. — L. 10. ad L. Aq. (9. 2.). — L. 3. depos. (16. 3.). — L. 9. §. 3. de minor. (4. 4.).

(b) L. 91. pr. de V. O. (45. 1.). — L. 1. pr. de tut. et rat. distrah. (27. 3.).

(c) L. 1. §. 2. de dolo malo (4. 3.). *Ulp.* Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur.—L. 15. §. 1. de Iud. (5. 1.). *Ulp.* Iudex tunc litem suam facere intelligitur, quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes, ut veram aestimationem litis praestare cogatur.— L. 1. §. 47. — L. 13. depos. (16. 3.). — L. 61. §. 5. de furt. (47. 2.). — L. 3. §. 6. de hom. lib. exh. (43. 29.).

rappresenta come illegale, può essere effetto non di un animo deliberato, ma di mancanza di diligenza, o di risolutezza in colui, che la commette, ed allora si ha la colpa nel più stretto significato della parola (d). In mezzo a questi due estremi avvi un punto medio, ed è quel movimento dell'umana volontà, al quale non manca la intenzione alquanto manifesta, o la coscienza del male operare, ma il cui prossimo motivo non ha nulla di illegale, e perciò la volontà non è propriamente diretta a violare la legge, colpa prossima al dolo (e).

2) Quando la volontà è diretta alla violazione della legge, appellasi l'azione più propriamente delitto, il quale necessariamente suppone il dolo (f).

3) Comunemente la colpa si distingue in *aquilia* ed *extraquilia*, per la prima si è obbligato al risarcimento del danno, ancorchè l'azione sia fatta per inavvedutezza, come ciò segue massimamente quando si produce un danno nell'altrui proprietà (g). La colpa *extraquilia* d'altra parte consiste quando non si dà ciò, che ad un altro si deve in qualità di debitore. Da ciò risulta che la colpa *aquilia* consiste sempre in *faciendo* e produce obbligazione, l'altra può consistere tanto in *faciendo*, quanto in non *faciendo*, e suppone già una obbligazione; colpa appellata da'Romani *diligentia*.

§. 59.

A. Gradi della colpa.

I gradi della colpa possono essere considerati nel seguente ordine.

1) In primo luogo è da considerare il *dolo*, che non ha gradazione di sorta (§. 58.): perciò si è sempre responsabile, quando la intenzione di portare una violazione è manifesta, o si suppone che vi sia in determinate circostanze; così il giudice, il quale manca al suo ufficio col rendere p. e. una sentenza ingiusta, è sempre in dolo.

2) La colpa che entra nel dominio della legge Aquilia non va soggetta neppure a gradazioni; la stessa obbligazione che nasce dal danno com-

---

(d) L. 61. §. 5. de furtis (47. 2.).

(e) L. 7. depos. (16. 3.). — L. 8. §. 10. mand. (17. 1.). — L. 7. §. 7. de dolo (4. 3.).

(f) L. 50. §. 2. de furt. (47. 2.). *Ulp.* Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium, vel opem ferre sine dolo malo posse. — L. 2. pr. 4. pr. vi bon. rapt. (47. 8.). — L. 3. §. 2. de iuiur. (47. 10.) conf. — L. 12. 14. de adult. (48. 5.). — L. 16. ad L. Corn. de sicar. (48. 8.).

(g) L. 44. ad Leg. Aqu. (9. 2.). *Ulp.* In lege Aquilia et levissima culpa venit.

messo con più o meno intenzione di produrlo, nasce ancora da una semplice inavvedutezza (a).

3) Nella *colpa* nello stretto significato della parola si ha qualche gradazione : il fondamento della seguente distinzione è, che colui il quale sta in una relazione di obbligazione ha interesse di prestare una certa premura e diligenza , e che la negligenza, sia che si manifesta con una azione positiva, sia con una negativa, apparisce come una colpa: dalla più o meno diligenza o negligenza che altri presta in simile affare nascono le gradazioni della colpa. Per la qual cosa nella colpa bisogna che si distingua *culpa lata* dalla *culpa levis* ; la colpa lata o la somma negligenza si ha, quando per estrema non curanza s'è ignorato quello che tutti sanno (b). La colpa lieve, *levis culpa* , quando si richiede la diligenza di un diligente padre di famiglia (c).

4) In alcuni negozii civili si può essere obbligato per dolo e colpa lata, ovvero per ogni colpa ; in questo caso vi ha una modificazione nei testi; imperocchè l'imputato può validamente scusarsi col provare che in simile circostanza non poteva far di meglio , e che nelle sue cose non si consiglia altrimenti *(diligentia in suis rebus)*, detta ancora *diligentia in concreto* (d); in opposizione alla diligenza in *abstracto* o la colpa senza questa mite modificazione.

ANNOTAZIONI

(1) Si è distinta altra volta la colpa in tre gradazioni, due gradi estremi ed uno medio ; i primi sarebbero stati la *culpa lata*, e la *culpa levissima*, il termine medio la *culpa levis* ; si credeva fermamente che la triplice ripartizione fosse dichiarata nei testi in questa guisa : quando un subbietto di diritto non ha nessun vantaggio da un negozio giuridico, deve rispondere solamente per *culpa lata* ; al contrario

(a) §. 3. Inst. de Leg. Aqu. (4. 3.). — Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniatur; nam alioquin non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur.

(b) 223. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Latae culpae finis est non intelligere, quod omnes intelligunt. V. aue. — L. 113. §. 2. eod. — L. 7. C. arb. tut. (5. 51.).

(c) L. 13. §. 1. — L. 14. de pign. act. (13. 7.). *Paul.* Ea igitur , quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.— L. 137. §. 2. 3. de V. O. (45. 1.).— L. 31. ad leg. Aquil. (9. 2.). — §. 4. Inst. quib. mod. re cont. (3. 14.). — L. 23. §. 7. locati (19. 2.).— L. 22. §. 3. ad SC. Treb. (36. 1.).— L. 20. C. de neg. gestis (2. 19.).— L. 47. §. 5. de legatis (30).

(d) L. 72. pro socio (17. 2.). — L. 17. de iure dot. (23. 3.). — L. 1. pr. de tut. et rat. distrab. (27. 3.). *Ulp.* In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet , item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam. — L. 32. depos. (16. 3.). — L. 22. §. 3. SC. Trebell. (36. 1.).

(e) *Donell*, XVI. c. 7.

quando guadagna egli solamente, deve rispondere di *culpa levissima* ; e se inoltre entrambi i contraenti ognuno da sua parte han qualche vantaggio, allora entrambi saranno responsabili di *culpa levis*. *Donello* per il primo stabiliva una teoria contraria e propriamente una duplice distinzione (e) ; ma la sua opinione non fu accettata ; quando in sul principio del presente secolo il *Thibaut* specialmente difese la duplice distinzione di Donello , sicchè la *culpa levissima* viene ignorata da molti scrittori. Quando sia fondata la divisione degli antichi, si può rilevare quando a dentro consideriamo il carattere essenziale della colpa , unitamente alla natura delle relazioni giuridiche. E di vero corrisponde poco o nulla al carattere del diritto l'ammettere, che solamente nel caso , in cui si ha tutto il guadagno da un negozio giuridico si dovrebbe prestare la *culpa levissima* ; poichè se ciò fosse vero lo stesso principio dovrebbe accettarsi in tutti quei negozii civili che sono stati conchiusi nel nostro interesse, o in quello di un contraente.

Gli argomenti di coloro che sostengono la contraria opinione sono :

1) La legge 13. §. 1. *de pign. act.* (13. 7.), e specialmente si fondano sulle parole : « Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia , vis maior non venit » — e la legge 19. C. *de pign.* (8. 14.), nella quale si rammenta la *custodia* oltre al dolo e alla colpa ; ma la *custodia* non è per sè una gradazione della colpa, ma una specie della diligenza.

2) Più apparenza di verità ha l'argomento tratto dalla legge 5. §. 2. *Commodati* (13. 6.), nella quale Ulpiano così si esprime: » Nunc videndum est, quid veriat in » commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et qui- » dem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum » in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito do- » lus praestatur solus, nisi forte et merces accessit, (tunc enim, ut est et constitutum » etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum « praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, » ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. » Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; « et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis, *et culpam praestandam et dili-* » *gentiam.* » Ora dal perchè in queste ultime parole oltre alla colpa si rammenta anche la diligenza , non significa che deve prestarsi la diligenza in un grado ideale *(levissima)*, ma la così detta diligenza *in abstracto*; come ancora lo stesso viene inteso nelle parole : *his quidem et diligentiam*, ecc. della legge 23. de R. I.; e nella legge 47. § 5. *de legatis*, *diligentia* è la medesima , ossia la così detta diligenza *in abstracto*. D'altronde quella distinzione non solo è mal fondata, in quanto vi sono altre leggi le quali espressamente ci avvisano del contrario (f) ; ma contrasta altresì allo spirito del sistema: così p. e. spesse fiate nelle obbligazioni, nelle quali secondo quella scuola si chiederebbe solamente una *culpa levis* , si chiede *omnis diligentia* ossia la *culpa levissima* di quella teoria (g) ; molti affari giuridici poi , che secondo

---

(f) V. oltre alle leggi citate nella nota c. le L. 17. §. 2. de praes. ver. (19. 5.).— 108. §. 12. de legatis (30). — L. 10. §. 1. commodati (13. 6.).

(g) L. 36. de act. emt. (19. 1.).—§. 5. Inst. de locat. et conduct. (3. 24.).Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti, aut iumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem *diligentissimus* paterfamilias quella teorica sono messi sotto due categorie differenti, sono nei fonti posti sotto la medesima regola; così p. e. la locazione e il comodato (h); e ancora in molti casi, in cui i sostenitori della contraria opinione vorrebbero una *culpa levissima*, le leggi rammentano allo stesso proposito solamente la colpa o la *diligentia diligentis patrisfamilias*.

Da ultimo nella medesima legge Aquilia, in cui solamente trovasi un frammento che parla della *culpa levissima* (i), si evita il significato troppo ampio del medesimo con la legge 31, poichè è detto: quum *a diligente* provideri potuerit, non est provvisum (k).

§. 60.

B. Regole in rapporto alla prestazione della colpa.

Sulla prestazione della colpa abbiamo le seguenti regole:

1) Del dolo si risponde sempre: la convenzione aggiunta ad un negozio civile, per mezzo della quale un contraente se ne esenta, è per se stessa nulla, ed è considerata contraria ai buoni costumi (a).

2) Come pel dolo così per la colpa lata si è responsabile in tutti i negozii civili, ed anzi non rare volte la colpa lata è equiparata al dolo (b).

3) Quel contraente, nel cui interesse un' obbligazione è stata contratta, è obbligato a prestare ogni specie di colpa; mentre chi fa un atto in favore di un altro deve prestare solamente la colpa lata (c). Questa regola ha qualche eccezione:

a) Si è responsabile di dolo e di colpa lata in quei casi ne' quali se-

---

suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. — L. 25. §. 7. locati (19. 2.).

(h) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.).

(i) L. 44. pr. ad leg. Aq. (9. 2.).

(k) Ved. *Puchta*, Pand. §. 267. — *Mühlenburch*, Comp. 11. 134.

(a) L. 27. §. 3. de pactis (2. 14.). — L. 1. §. 7. deposit. (16. 3.). *Ulp.* Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est.

(b) L. 1. §. 5. de O. et A. (44. 7.).— L. 226. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est.

(c) L. 23. de R. I. (50. 17.). — L. 5. §. 2. comod. (13. 6.). *Ulp.* Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum et dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accesserit — tunc enim, ut est et constitutum,— etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus, et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis et culpam praestandam, et diligentiam. — L. 10. §. 1. — L. 12. pr. cod.— L. 17. §. 2. de praes. verb. (19. 5.).— L. 108. §. 12. de legatis (30).

condo la regola generale si dovrebbe essere tenuto per ogni colpa; come nel precario, il quale, quantunque fatto in interesse di chi ha la cosa in precario, questi è obbligato a prestare solamente il dolo (d).

b) Chi ha prestato opere liberali è responsabile solamente per dolo e colpa lata, quantunque operasse in suo proprio interesse.

c) Dall' altra parte vi sono casi nei quali si è tenuto per ogni specie di colpa, quando secondo la regola generale si dovrebbe prestare solamente il dolo e la colpa lata, questo avviene nel mandato, nella società, nella *negotiorum gestio* (e).

d) In altri casi è richiesta la diligenza in concreto, mentre non si sarebbe responsabile che per ogni colpa, così nella *communio incidens*, per il marito riguardo ai beni dotali, pel tutore in rapporto ai beni del pupillo (f).

CAPITOLO V.

DEI DIRITTI.

§. 61.

I. Concetto e divisione de' diritti.

1) Ciascun diritto in senso subbiettivo ne suppone uno in senso obbiettivo (§. 5), che può essere o una norma di diritto, ovvero una speciale concessione di legge fatta per casi particolari; i diritti in generale si dividono per conseguenza in diritti propriamente detti (*iura*), che vengono regolati da norme generali, ed in privilegi che a loro volta sono regolati da speciali concessioni (§. 7).

2) Il diritto può riguardare le persone, il che si rapporta tanto alla capacità personale, quanto alla potestà di una persona sopra un'altra intesa questa parola nel senso più ampio; cioè quando taluno è soggetto

---

(d) L. 8. §. 3. 6. de precario (43. 26.).

(e) L. 13. C. de mand. (4. 35.). *Diocl.* et *Maxim.* A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur. — L. 23. de R. I. (50. 17.). — L. 11. de neg. gest. (3. 5.). *Pomp.* Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpa et dolum praestare debes. — Ved. §. 1. Inst. de obl. quasi ex cont. (3. 27). — L. 20. Cod. de negotiis gestis (2. 19.). — L. 22. eod.

(f) L. 24. §. 5. soluto matr. (24. 3.). — L. 17. p. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. — §. 9. Inst. de societate (3. 25.). — L. 25. §. 16. fam. ercis. (10. 2.). — L. 1. C. de hered. tut. (5. 54.).

alla direzione di un terzo per limitazioni messe dalla legge alla sua personale esplicazione. Esso può riguardare inoltre un oggetto, ed allora si avrà il *ius in re*. Finalmente il diritto può avere per obbietto un'azione altrui, una prestazione, ed allora abbiamo il diritto di obbligazione.

3) Di queste due ultime specie di diritto il reale adunque si caratterizza per quel totale o parziale dominio sopra un determinato oggetto: quello di obbligazione per la relazione di due persone, delle quali l' una ha da prestare qualche cosa all'altra. L'obbligo che nasce dal diritto reale è negativo, quello che nasce dal secondo si esprime positivamente; sicchè il diritto reale si manifesta per la potestà sulla propria azione, quello di obbligazione pel dominio sull'azione altrui. Vi sono per altro obbligazioni le quali hanno l' apparenza di un diritto reale, come avviene del fittaiuolo e dell' inquilino; ma tutto ciò non è che apparente, poichè nè l' uno nè l'altro ha il *ius utendi-fruendi*, come ha p. e. l'usufruttuario. Il diritto di obbligazione è importante ed ha efficacia solamente contro la persona ch' è direttamente obbligata, onde questo diritto è appellato personale; mentre il reale è efficace contro tutti assolutamente.

4) Questa distinzione di diritti fonda la distinzione de' mezzi per tutelare i medesimi, così que' mezzi i quali hanno per obbietto la cosa, ed hanno efficacia contro qualunque persona, sono le *actiones in rem*; mentre gli altri, che hanno per obbietto una prestazione altrui, e sono diretti contro colui il quale è direttamente obbligato, appellansi *actiones in personam* (a).

II. Dell' origine e della estinzione de' diritti.

A. Dell' acquisto.

§. 62.

1) Dell' acquisto in generale.

1) Origine del diritto è qualunque acquisto da parte di una persona. Essa suppone quattro elementi: 1) una regola di diritto; 2) un subbietto; 3) un obbietto; 4) un fatto giuridico: ciò non ostante si possono dare diritti pei quali non si richiede una determinata azione da parte del subbietto che l' acquista, ed allora il diritto dicesi acquistato *ipso iure*.

2) Può acquistarsi un diritto il quale apparteneva ad altri; l' acqui-

---

(a) Ved. ann. al §. 79.

sto allora dicesi derivato. Ma un diritto simile non potrebbe essere valido se quello dell' altro (*auctor*) non fosse vero; dippiù essendo questi il vero autore del diritto del novello acquirente, questo non può avere più grande estensione di quello dell'autore, potendo qualche volta essere più limitato. Quando al contrario si acquista un diritto indipendentemente da quello di un altro, l' acquisto è detto originario, primitivo, ed in questo caso il diritto è tutto nuovo, che non esisteva in altri prima che non fosse acquistato; di questo carattere è l' acquisto per occupazione, per usucapione, ecc.

3) Il diritto derivato si acquista in due modi; o lo stesso diritto dell' *auctor* si trasmette all' acquirente, subentrando questi in luogo del primo, ed allora si ha la successione, la quale suppone necessariamente una relazione giuridica tra l' acquirente e l' *auctor*, per mezzo della quale il diritto di questi si trasmette al primo; o non si trasmette tutto il diritto, ma parte di esso.

§. 63.

2) Dell' acquisto per successione.

Savigny, III. §. 105.

1) Affinchè l'acquisto derivato, che abbiamo appellato successione, fosse fondato, è d'uopo che la relazione giuridica tra l' attore e l' acquirente non sia interrotta, e che questi dipenda immediatamente dal primo; non potrebbe conchiudersi per conseguenza che due individui in diverso tempo proprietarii di un medesimo fondo, siano l'uno successore dell' altro. La successione può essere singolare ed universale, la prima (*successio per singolas res*) ha luogo quando l' acquirente succede in un diritto o più diritti particolari dell' *auctor*; si ha la seconda (*successio per universitatem*), quando l'acquisto ha per oggetto l'intero patrimonio preso nel suo tutto ideale; o meglio quando la medesima personalità si trasmette all' acquirente, onde in questo caso l' *auctor* rispetto all' acquirente non è una persona estranea, anzi questi si considera la medesima persona del primo; ed è perciò che *auctor* comunemente si usa nel determinare l' autore nella successione singolare.

2) Una specie di successione singolare è l' alienazione, la quale consiste in un negozio civile tra vivi, per mezzo del quale una cosa appartenente ad una persona è trasmessa ad un'altra. Quando la trasmissione ha un tal carattere che per mezzo di essa succede un aumento di patrimonio

nell' acquirente, ed una diminuzione da parte dell' *auctor*, allora si ha l' alienazione nel più stretto significato della parola, che è più propriamente appellata *donazione*.

3) L' alienazione può non racchiudere il concetto di successione singolare, e ciò avviene quando la trasmissione fatta dall' *auctor* riguarda una parte del diritto di proprietà, ed allora l' acquirente non ha lo stesso diritto del primo, ma uno che ne dipende in quanto alla sua origine; di tal natura sono i *iura in re aliena* costituiti dallo stesso proprietario; alienazione nel più ampio significato della parola.

§. 64.

a) Della donazione.

T. Inst. de donationibus (2. 7.). — T. D. h. t. (39. 5.). — T. C. h. t. (8. 54.) — *De Retes*, De donationibus (Meerm. thes. V. pag. 553. — *Klinkhamer*, Comm. de donationibus, Amst. 1826.

Savigny, Sist. IV. §. 142. ss.—*Donelli*, Comm. V. c. 2. §. 10. XIII. c. 22. XIV. c. 26-32.

Per donazione intendiamo quell' alienazione che non ha in sè l' idea di equivalente, ed è fatta col proposito di produrre un cambiamento nei beni e di fare un' alienazione gratuita: da questa definizione si rileva che:

I) La donazione suppone necessariamente un' alienazione; per la qual cosa la disposizione de' diritti che si riferiscono al loro destino dopo la morte del proprietario, ossia la eredità, è incompatibile con il concetto della donazione, dappoichè, essendo la personalità dell'erede la medesima di quella del defunto, non è un' alienazione; lo stesso si dica del legato, non solo perchè per mezzo di quest'atto non si rende minore la proprietà del testatore, ma ancora perchè il legato è una successione mediata, mentre la donazione col concetto dell'alienazione è una immediata successione.

1) La donazione dev'essere necessariamente gratuita, deve produrre almeno una diminuzione ne' beni del donante (*liberalitas*); e di vero se la intenzione del donatore fosse piuttosto di pagare un servigio reso e non di donare, allora non si ha affatto l' *animus donandi*, e per conseguenza un atto simile impropriamente appellasi donazione.

È però d'avvertire che non ogni specie di liberalità è donazione, poichè ogni atto dettato da sentimenti generosi ch'esclude il concetto di alienazione, è una liberalità, ma mal si direbbe donazione.

3) La donazione deve aver per effetto l' arricchimento di un altro, essa importa un acquisto *ex lucrativa causa*; escluse adunque sono quelle

concessioni le quali non importano una diminuzione di proprietà, o gli acquisti fatti col pagamento del corrispondente prezzo.

4) Finalmente affinchè il concetto della donazione sia esatto, è duopo che si ammetta un altro requisito, ed è la unione della volontà delle due parti; non possiamo immaginare infatti una donazione prima che il donatario non avesse contezza dell' atto, e che non sia espressamente o tacitamente dichiarato « *non potest liberalitas nolendi acquiri* »: p. e. se si dà una somma con la intenzione di donarla, e il donatario ha per fermo che sia un mutuo, finchè dura questo errore, l'atto non potrà mai aversi come donazione (a).

II. La donazione non è di per sè un determinato negozio civile, come sarebbe esempigrazia una vendita, una compra, una permuta, ecc.; ma può avere molteplici forme ed essere effettuata per mezzo di differenti atti, i quali si possono ordinare così: *dare, obligare, liberare.*

1) Il *dare* consiste nel trasmettere il diritto di proprietà o nel costituire un diritto *in re* con la intenzione di donare:

a) Il primo di questi mezzi è il più usuale, tanto che ordinariamente la donazione si ritiene come un mezzo di trasmissione del diritto di proprietà; la forma per mezzo della quale si effettua la donazione in questo caso non può essere nel sistema giustinianeo che la tradizione, di cui l'*animus donandi* ne forma la *iusta causa* (b), ed in tutti i modi dalla legge per valida tradizione riconosciuti: come sarebbe per mezzo di terze persone; e quando il donatario potrà ritenere le cose del donante di cui era il possessore; come *la missio in possessionem,* in quanto che si permette al donatario d' impossessarsi dell' oggetto come se l' avesse avuto dallo stesso donante (c): finalmente per il così detto *constitutum possessorium* dichiarando il donante che ritiene il possesso dell' oggetto in nome del donatario.

(a) L. 10. h. t. *Paul.* — Absenti, sive mittas; qui ferat, sive, quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest; sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit. nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. — L. 19. §. 2. eodem. — L. 55. de O. et A. (44. 7.). conf. — L. 44. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.). — L. 18. pr. de reb. cred. (12. 1.).

(b) §. 40. Iust. de rer. div. (2. 1.). — Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo, cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur; vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non et Italica praedia ex nostra constitutione nulla est differentia.

(c) L. 4. 10. h. t. *Pomp.* Etiam per interpositam personam donatio consummari potest. — L. 6. eodem. — L. 6. 28. 35. §. 5. h. t.

b) I *iura in re* possono essere obbietti di donazioni in differenti forme, così potrà la donazione comprendere l'usufrutto in quanto il proprietario gratuitamente costituisce un usufrutto per un altro; ovvero potrà donare l' usufruttuario, lasciando gratuitamente l' usufrutto al proprietario (d). Similmente si potranno donare le servitù, l' uso, l' enfiteusi, la superficie (e).

2) *Obligare* consiste in ciò, che la proprietà di una persona si aumenta per la donazione di un credito: il che può essere fatto in due modi, secondochè la obbligazione riguarda lo stesso donante o una terza persona.

a) Il primo modo consiste in una promessa, con la quale uno si obbliga verso l' altro *donandi causa*. È d'avvertire che la donazione avviene nel momento della promessa, dappoichè quando giunge il pagamento, potendo il donatore essere costretto per via di azione giudiziaria, non si ha più il concetto di donazione, ma la conseguenza di un debito fondato dalla promessa. Una tale promessa, la quale nel diritto antigiustiniano non poteva avvenire se non per mezzo di stipulazione, fu facilitata dapprima da Antonino Pio per le sole promesse fatte tra gli ascendenti e discendenti, dichiarando essere sufficiente ogni dichiarazione di volontà per dare all' *animus donandi* la sua efficacia; la medesima agevolazione fu quindi da Giustiniano estesa a tutte le persone (f).

b) La donazione può consistere nel fondare in favore di un terzo un diritto di obbligazione, il che può essere fatto tanto creando la obbligazione nel medesimo momento dell' atto di donazione, quanto nel cedere un credito già esistente. Così alcuno dà a mutuo una somma, ma in nome di colui a cui si vuol donare, in guisa che questi si fa promettere l'adempimento dal debitore per mezzo di contratto, o si concorda con il donatore sull'oggetto (g); ovvero quando si fa un deposito presso un terzo con l' obbligo di restituire l' oggetto depositato al donatario (h). Lo stesso si dica quando la obbligazione già esiste, e viene trasmessa dal donante al donatario con la intenzione di donare, nel qual caso la cessione tiene luogo di donazione (i); ovvero si ha il medesimo effetto per mezzo di una delegazione, mentre il creditore il quale vuol donare ad un altro chiede al debitore che promettesse a costui l' adempimento (k), poichè in tutti questi casi esiste una vera donazione.

(d) L. 66. 78. de iur. dot. (23. 3.). — L. 57. sol. mat. (24. 3.).

(e) L. 1. §. 7. de superf. *Ulp.* Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari, et donari possit. — L. 10. pr. — L. 11. 12. §. 6. de uso (7. 8.). — L. 19. comm. praed. (8. 4.). — §. 3. Inst. de locat. et cond. (3. 24.).

(f) L. 35. §. 5. C. de donat.

(g) L. 34. pr. h. t. *Paul.* Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam foeneravit, eamque filius stipulatus est, et ipso iure perfectam donationem, ambigi non potest.

(h) L. 31. §. 3. h. t. *Papin.* Eiusmodi lege deposita, in aede arca ut eam ipse solus, qui deposuit, tolleret, aut post mortem domini; Aelius Speratus non videri celebratam donationem respondi. — *Decius.* Spem futurae actionis, plena intercedente donatoris voluntate, posse transferri, non immerito placuit.

2) Finalmente la donazione consiste nel *liberare*, quando si libera colui, a cui si vuol donare, da una obbligazione ; giacchè per questa via si accresce il suo patrimonio. L'obbligazione può essere costituita in favore del donante od in favore di un terzo.

a) Quando la obbligazione è fatta in favore del donante, la donazione può effettuarsi per mezzo di un atto, col quale il donante libera il donatario dalla sua obbligazione ; un tal atto può essere una condizione o un semplice patto apposto tacitamente per mezzo di atti indiretti, che fanno nota la volontà del donante (l).

b) Questa specie di donazione potrà inoltre effettuirsi liberando il donatario da un suo debito che ha verso un terzo, sia per mezzo del pagamento fatto con la intenzione di donare, e ciò anche in caso di una naturale obbligazione (m), oppure per mezzo di una intercessione privativa come *l'expromissio* (n).

La donazione può essere tra vivi (*donatio inter vivos*), e per causa di morte (*mortis causa donatio*). Questa seconda donazione addiviene perfetta dopo la morte del donatore, di guisa che essa è rivocabile ed è di nessun momento, qualora il donante sopravviva al donatario : una tale donazione essendo affine co' legati verrà trattata di proposito nella teoria delle successioni (IV. c. 6.). È donazione tra vivi quando non dipende essenzialmente dalla morte del donante, quantunque fosse stata fatta sotto

(i) L. 2. 3. C. h. t.

(k) L. 2. §. 1. — L. 21. §. 1. h. t. *Celsus.* Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione, nec ne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum quasi exactum a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris.

(l) L. 17. h. t. *Ulp.* Si in stipulatum indicatum novationis causa deductum sit, et stipulatio donationis causa accepto lata, dicendum est, locum liberationem habere. — L. 2. C. de accept. (8. 44.).— L. 1. de trans. (2. 15.).— L. 1. §. 1. quib. mod. pign. (20. 6.).— L. 17. §. 1.— L. 27. §. 2. — L. 28. §. 2. de pactis. (2. 14.). — L. 17. §. 6. de iniur. (47. 10.).

(m) L. 7. §. 7. de don. int. vir. et uxor. (24.1.). — L. 12. C. de neg. gest. (2.19.). *Alexand.* Si filius pro patre suo debitum solverit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, quum solveret, fuerit, sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit.— L. 9. §. 1. de SC. Maced. (14. 6.).

(n) L. 21. pr. h. t. — L. 5. §. 5. de dol. except. (44. 4.). — L. 33. de nov. (46. 2.). *Triphon.* Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spopondit, non habebit adversus eum illam exceptionem, ut, quatenus facere potest, condemnetur; nam adversus me tali defensione merito utebatur, quia donatum ab eo petebam, creditor autem debitum persequitur.

una condizione sospensiva o resolutiva, la quale non può avverarsi che dopo la morte del donante (o).

§. 65.

b) Requisiti ed effetti della donazione.

I. 1) Essendo la donazione un' alienazione, suppone in primo luogo un subbietto il quale abbia la facoltà di alienare: epperò non potrà donare il minore, il mentecatto, e tutti coloro ne'quali si riconosce una esistenza di diritto solamente e non nel medesimo tempo di fatto.

2) L'obbietto, come nelle altre relazioni giuridiche, dev'essere idoneo a potersi trasmettere.

3) Finalmente si richiede un valido atto giuridico, secondo si è veduto nel paragrafo precedente (a).

2) La donazione non ha nessuna efficacia quando è fatta tra coniugi, di che sarà fatto parola a suo luogo (L. II. c. 1.); similmente sarà di nessun momento quella donazione, la quale al tempo in cui fu fatta, oltrepassi la somma stabilita dalle leggi, (500 solidi circa 6400 lire) senza notificarne la potestà giudiziaria *(insinuatio)* (b): è d' avvertire però che quando si dona una cosa fruttifera non si computano i frutti dell'oggetto medesimo. Così pure molte donazioni che insieme oltrepassano la somma stabilita non sono da ritenersi come una sola donazione, ma ognuna ha propria esistenza, tranne che non siasi voluto deludere la legge, o che tutte quelle donazioni non siano parti di una più grande (c) (1). La insinuazione non ha mestieri di *causae cognitio*, e qualunque magistrato potrà validamente riceverla.

Vi sono dall'altra parte de'casi in cui la donazione, ancorchè sorpassi la somma legale, non ha bisogno d'insinuazione: p. e.

a) Gli atti di liberalità che, secondo la definizione più rigorosa, non potrebbero essere annoverati tra le donazioni (*sensu stricto*).

(o) L. 27. de mort. causa donat. (39. 6.). *Marcian.* Ubi ita donatur mortis causa, et nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio; et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio; ideoque inter viros et uxores non valet; ut ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione. — L. 25. §. 2. eodem.

(a) Sulle forme e limitazioni della legge *Cincia* Ved. Appendice V. alla fine del Capitolo.

(b) L. 36. §. 3. *Iustin.* Caeteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris. — conf. L. 27. 30-35. C. h. t. — §. 2. Inst. h. t.

(c) L. 34. §. 3. C. h. t. arg. — L. 29. de leg. (1. 3.). *Paul.* Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero qui solvis verbis legis sententiam eius circumvenit. — L. 30. eodem.

b) le donazioni fatte dal regnante e dalla reggente (d);

c) quelle di cose mobili fatte da *magistri militum* ai soldati (e);

d) quelle fatte per redimere gli schiavi (f);

e) le donazioni fatte per riedificare un edificio in rovina (g);

f) quelle per costituire una dote, solamente in quanto contengono una donazione relativamente la donna (h).

3) Quando una donazione del valore superiore a 500 solidi manca della richiesta *insinuazione*, per regola generale la donazione è nulla pel dippiù della somma stabilita. Per la qualcosa è da conchiudersi, che, se vi è stata tradizione, la proprietà del dippiù non si trasmette al donatario, ed il donante potrà o adoperare la *rei vindicatio* contro ogni terzo possessore per la parte dell' oggetto superante la somma stabilita; ovvero una *condictio* se si trattasse del valore: nel caso che la tradizione riguardasse una cosa *non fungibile* p. e. un fondo, si ritiene che, applicandosi il principio testè esposto, nasce un condominio tra il donatario ed il donante, la cui quota in caso di controversia viene tassata giudiziariamente.

In questo caso, perchè non sorgessero ulteriori controversie, è stabilito, che il proprietario della parte più grande potrà comprarsi l'altra, sborsando il prezzo secondo cui fu tassata; se egli non vorrà ciò fare, l'oggetto si dividerà materialmente, e se la divisione per natura dell' oggetto non fosse possibile, il proprietario della parte più piccola potrebbe comprare la più grande, mediante rimborso del prezzo tassato giudiziariamente (i).

(d) L. 34. pr. C. h. t. *Iustinian* . . . . Si quid autem supra legittimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituto est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur; exceptis donationibus tam imperialibus quam his, quae in causas piissimas procedunt. Quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri, tam a retro principibus, quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam maiestatem. — N. 52. c. 2.

(e) L. 36. §. 1. C. h. t. *Iustinian*. Simili etiam modo a gestorum absolvimus ordinatione donationes rerum mobilium vel sese moventium, quas viri gloriosissimi magistri militum fortissimis praestant militibus tam ex sua substantia, quam ex spoliis hostium, sive in ipsa bellorum occupatione, sive in quibuscumque locis degere noscuntur.

(f) L. 34. pr. — L. 36. pr. C. h. t. *Iustinian*. Si quis pro redemptione captivorum pecunias dederit sive per cautionem dare promiserit cuiuscumque quantitatis, cognoscat, se neque repetitionem habere, neque exactionem cautionis posse declinare, ut pote gestis, sicut in donationibus, non subsecutis super insinuatione eiusdem quantitatis.

(g) L. 36. §. 2. C. h. t. *Idem*. Eandem liberalitatem nostrae legis indulgemus etiam his, quorum incendio vel ruina domus corruptae sunt, quibusdam forte pecunias cuiuscumque quantitatis praebentibus vel cautionem conscientibus, ut et ipsi nec repetitionem timeant, verum etiam exactionem pecuniarum confessioni insertarum facere possint, licet gesta non fuerint subsecuta.

(h) L. 31. pr. C. de iure dot. (5. 12.). *Iustinian*. Cum quidam dotes pro mulieribus dabant, sive matres, sive alii cognati vel extranei, recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant. — conf. N. 119. c. 1. — N. 127. c. 2.

II. Gli effetti di una donazione si determinano dal suo contenuto speciale: in ogni caso non potrebbe originarne una successione universale, anche quando, ciò ch' è possibile, la donazione riguarda tutto il patrimonio, od una aliquota del medesimo (k). Secondo il loro contenuto adunque le donazioni hanno per effetto la trasmissione della proprietà, o la costituzione di un diritto reale, se consistono nel dare; ovvero fanno nascere un'obbligazione negli altri casi.

La donazione è per sè stessa irrevocabile.

ANNOTAZIONE

(1) Qualche difficoltà si presenta nel caso che la donazione avesse per obbietto una rendita annuale, e ciò per l' oscurità della legge 34. §. 4. C. h. t., nella quale Giustiniano ci fa noto esser stato un tal punto molto controverso tra gli antichi giuristi, e che egli vuol decidere la quistione. La sua decisione è la seguente.

« Nos autem certa divisione concludimus.

» 1) Ut si huiusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur » vel dantis, vel accipientis, multa intelligantur donationes et liberae a manumen» torum observatione. Incertus etenim fortunae exitus hoc nobis suggessit, ut pos» sibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis me» tas supervivere vel donatorem vel eum, qui donationem accipit, et ex hoc inveni» ri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem.

» 2) Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio.

» 3) Vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius, qui donationem acci» piet, tunc, quasi perpetuata donatione et continuatione eius magnam et opulentio» rem eam efficiente, et una intelligatur, et quasi densioribus donationibus cumu» lata, excedere legitimum modum, et omnimodo acta reposcere, et aliter minime » convalescere ».

Egli è fuor di dubbio che questa legge stabilisce tre casi; il primo, quando la donazione di rendita è determinata a vita del donante e del donatario; ed in questo caso egli decide, che debbansi ritenere le singole rendite annuali come altrettante donazioni, poichè è incerto chi dei due, se il donante o il donatario vivrà al più prossimo termine del pagamento; se adunque ciascuna rendita annuale non sorpassa la somma stabilita, non vi sarà bisogno d' insinuazione. Il secondo, quando la rendita annuale è determinata ancora per gli eredi sia del donatario che del donante; e qui Giustiniano vuole che per la durata quasi perpetua debba considerarsi come una grande donazione, e per conseguenza si avrà sempre bisogno d' insinuazione, quantunque ciascuna rendita annuale presa per sè fosse molto al di sotto della somma stabilita. A questo secondo caso è equiparato un terzo sia nella decisione, sia nei motivi della decisione medesima, con queste parole « *vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius, qui donationem accipiet*, e questo caso ha specialmente elevate molte difficoltà.

(i) L. 34. p. §. 1. 2. C. de don. (8. 54.). *Iustinian.* Ne autem communione inducta donatori et ei qui liberalitatem suscepit, aliqua oriatur contentio, electionem domus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquam aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem, utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est: Sin autem in huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter minime celebrari potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium, et totum sibi vindicare.

(k) L. 11. C. h. t. — L. 8. C. de rev. don. (8. 56.). — L. 28. h. t. — L. 37. §. 3. de legatis (32). — L. 17. §. 1. quae in fraud. (42. 8.). — conf. L. 72. de iure pr. dot. (23. 3.). *Paul.* Mulier bona sua omnia in dotem dedit; quaero, an maritus quasi heres honeribus respondere cogatur? Paulus respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. — fragm. Vat. §. 263. — L. 12. *Cod. Hermog.* tit. VI.

Comunemente intendesi per la donazione di una rendita, la quale sia determinata per una quantità fissa di anni della vita del donatore o del donatario; la donazione, se la somma delle prestazioni dei tanti anni sorpassa i cinquecento solidi, avrebbe bisogno d' insinuazione (l).

Quest' interpretazione è insufficiente, poichè si trova in contraddizione co' motivi di decisione, *quasi perpetuata donatione*. *Cuiacio* ha tentato di emendare il testo, ed in vece di leggere: *vel adiiciatur*, legge *nec adiiciatur*, ovvero: *vel non adiiciatur* (m), il che ci darebbe questo senso « ovvero quando (senza menzionare gli eredi) la limitazione della rendita solamente al tempo della vita delle parti non si rileva espressamente ». Al contrario *Savigny* nella fede di due suoi manoscritti vorrebbe piuttosto leggere: *vel adiiciatur tempus vitae heredum donatoris*, il che ci porterebbe al risultato di equiparare a quell' altro caso ammesso da tutti (2) l'altro, quando cioè la rendita è limitata alla morte del più prossimo erede, sia del donatario sia del donante (n). Ingegnose che fossero queste interpretazioni, non si può sconvenire esservi dentro una gran dose di arbitrio, e miglior consiglio sarebbe interpretare il passo in questo modo: quando la donazione sia estesa sul tempo della vita *di uno dei due*, del donatore, o del donatario; il qual caso è equiparato all' altro, quando cioè sono rammentati espressamente gli eredi di entrambi.

Il caso di una rendita donata per determinato numero di anni non è previsto in questa legge di Giustiniano; ma egli è ben naturale, che in questo caso debbansi sommare le rendite dei tanti anni, e, se la somma sorpassa il termine legalmente stabilito, allora si richiede la insinuazione.

(l) P. e. *Marezoll*, giornale di *Giessen*, dissert. 1.

(m) *Cuiacii*, Abservationes, e comm. in L. 16. de V.O. (opp. 1. pag. 1173).— v. Basiliche XLVII. — L. 66. presso *Heimbach*, tom. IV. pag. 590. *Voet*, ad Pand. XXXVI. 5. §. 16.

(n) *Savigny*, Sis. IV. §. 166. not. r.

§. 66.

c) Della rivocazione della donazione.

T. C. de revocandis donationibus (8. 56).— *Donelli*. Comm. iur. civ. XIV. c. 26. seq. *Savigny*, §. 188. e 169.

Quantunque la donazione per regola fosse irrevocabile, non manca l' eccezione di alcuni casi, nei quali una valida donazione può esser rivocata. Il che avviene sia da parte de' terzi, i cui interessi sieno stati pregiudicati per la fatta donazione, e la revocazione è qui indipendente dalla volontà del donatore; sia volontariamente dallo stesso donatore.

1) Nel primo caso si rivoca la donazione :

a) Se si è fatta una donazione tra vivi, con cui si è lesa la porzione legittima, e renduta vana la querela *inofficiosi testamenti*, gli eredi, che vennero danneggiati dalla donazione avvenuta, possono impugnarla per mezzo di un' altra querela (*inofficiosae donationis*) ammessa in analogia della prima: ma questa nuova querela ritoglie solamente la parte mancante della legittima, lasciando valido il resto della donazione (a).

b) Se un debitore, facendo donazione, abbia cercato di rendersi inetto al pagamento, o di aumentare la sua insolvenza, la donazione può essere impugnata da' creditori con l' azione Pauliana (b).

2) La revocazione da parte del donante è concessa solamente a causa d' ingratitudine del donatario, quando essa sia manifestata ne' seguenti modi prescritti dalla legge: ossia villanie, atroci ingiurie reali, insidie contro la vita, e le sostanze del donatore con grave danno, e da ultimo inadempimento degli obblighi presi verbalmente o in iscritto verso il donatore (c).

(a) V. inn. vol. III. — L. IV. c. 4.

(b) V. vol. III. — L. V. c. 4.

(c) L. 10. C. h. t. *Iustinian* Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere , si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur , ita ut 1) iniurias atroces in eum effundat, 2) vel manus impias inferat , 3) vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, 4) vel vitae periculum aliquod ei intulerit, 5) vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus. . . Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuit, silentium eius maneat semper, et non a posteritate eius suscitari concedatur, vel adversus ipsum qui ingratus esse dicitur, vel adversus eius successores.

3) L' azione mercè cui il donante rivoca la sua donazione, non derivando dal carattere intrinseco della donazione, ma dalla legge, può bene esser appellata *condictio ex lege* (d). L'azione è di quelle qualificate come *vindictam spirantes*, e però è data al solo donante e non si trasmette agli eredi, se non quando sia stata già intentata o almeno preparata avanti la morte di lui, e va diretta unicamente contro l' ingrato.

4) Ma per eccezione non è data facoltà di rivocare una donazione, fatta in favore de' figliuoli, alla madre che va a seconde nozze, o mena una vita riprovevole (e). Per le seconde nozze Giustiniano temperò l' antico rigore, permettendo alla madre rimaritata di rivocare la donazione, ma soltanto nei casi d' ingiurie reali, d' insidie alla vita, di minaccia a tutto il patrimonio (f).

5) L' azione rivocatoria vale a far restituire o l' oggetto donato con ogni pertinenza, qualora esso fosse ancora nelle mani del donatario, o il valore, di cui si trovi arricchita la proprietà di lui. Quest'azione produce l' annullamento del negozio civile, ma è per contra meramente personale verso il donatario per la restituzione degli oggetti donati: onde non potrà mai venir fuori una *rei vindicatio*.

6) Finalmente un altro caso speciale di rivocazione è ammesso pel patrono, che non avendo figli abbia fatto donazione a' suoi liberti di tutti i beni, o di parte: se mai in seguito egli avesse prole, potrà ad arbitrio rivocare la donazione (g).

§. 67.

d) **Di alcune specie di donazioni.**

T. C. de donat. quae sub modo (8. 55).

1) Quali donazioni che hanno regole speciali si distinguono, la *donatio mortis causa*, la *donatio inter virum et uxorem*, la *donatio sub mo-*

(d) *Savigny*, l. c. §. 169.

(e) L. 7. C. h. t.

(f) N. 22. c. 35. Mater tamen, quae filio ex bonis suis quid donavit, si ad secundas nuptias venerit, praetextu ingratitudinis datum revocare nequeat. Non enim sincero iudicio ingratitudinem obiicere videtur, sed ad secundas nuptias respiciens in eam cogitationem venisse praesumitur, nisi manifesto probetur, filium vel matris vitae insidias struxisse, vel impias manus intulisse, vel ut totam substantiam illi auferret aliquid contra ipsam molitum esse.

(g) L. 8. C. h. t. *Constant.* et *Constans.* Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.

do, e la *remuneratoria;* delle prime due sarà trattato nelle apposite teorie, ma delle altre ci rimane qui a far parola.

I. La *donatio sub modo* consiste in un atto di liberalità che impone un obbligo; o più chiaramente è la donazione di un oggetto o d' un valore, di cui una parte dev' essere adoperata dal donatario in uno scopo determinato. Onde essendovi un obbligo congiunto alla liberalità, questa donazione prende un carattere speciale.

1) Quanto all' obbligo, esso può stare in una prestazione sia in favore dello stesso donante, sia in favore di un terzo, ovvero in tale operazione da cui non nasca diritto per nessuno; come p. e. la fondazione di un pubblico istituto.

a) Quando la prestazione riguarda lo stesso donante, questi avrà per costringere il donatario all' adempimento l' *actio praescriptis verbis,* essendochè in una simile donazione si contiene un contratto nella forma di *do ut des, facio ut facias* (a).

b) Quando al contrario la prestazione è in favore di un terzo, la suddetta azione non può essere intentata dal donante, nè dal terzo secondo i principii rigorosi del diritto; imperocchè da un contratto fatto in interesse altrui non potrà venire azione alcuna nè pei contraenti nè pel terzo (b); ma le ultime leggi concedono al terzo una *utilis actio* (c).

c) In tutti i casi sarà data al donatore la *condictio datorum* per ripetere la cosa donata, quando arbitrariamente il donatario non adempie il modo (d); perocchè il modo, sia in favore del donante stabilito, sia di una terza persona, semprechè non è adempito, è una *causa non secuta*. Questo principio ha però due eccezioni :

1) La *condictio* non può essere adoperata quando l'adempimento del modo è impossibile (e).

(a) L. 9. 22. Cod. de donat. (8. 54.). *Dioclet.* et *Maxim.* — Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio, id est praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. — L. 3. C. de cont. emt. (4. 38.). — L. 8. C. de rer. permut. (4. 64.).

(b) L. 11. de O. et A. (44. 7.). *Paul.* Quaecumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. — L. 9. §. 4. de reb. cred. (12. 1.). — §. 4. Inst. de inut. stip. (3. 19.).

(c) L. 3. C. h. t.

(d) L. 3. 8. C. de condict. ob. caus. (4. 6.). *Valerian.* et *Gallien.* Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.

(e) L. 8. C. de cond. ob. caus. (4. 6.).

2) E quando, secondochè è stabilito, non è ancora venuto il tempo dell' obbligo (f).

Ma oltre alla *condictio datorum*, se il donatario avesse l' obbligo di prestare gli alimenti al donante, questi potrà anche produrre la *rei vindicatio*.

3) Per ciò che concerne l' atto civile di questa donazione, sono applicabili i medesimi principii e limitazioni anzi dette parlando della donazione in generale: così anche la donazione *sub modo* ha bisogno della insinuazione; può essere rivocata per ingratitudine ed impugnata o con la *querela inofficiositatis* o con l' *actio Pauliana* (§. 64.).

II. Appellasi donazione rimuneratoria quella che si fa per gratitudine di servigi dal donatario prestati al donante. Quantunque in ciò vi sia una specie di mutua obbligazione (il che si oppone al vero carattere della donazione), è nondimeno da stimare donazione perfetta la rimuneratoria, perchè nessuno è per legge tenuto di dare una ricompensa, e l' atto è sempre liberale. Dall' altra parte se il donatore avesse la intenzione di soddisfare piuttosto un obbligo che fare una donazione, l'atto, non essendo stato fatto coll' animo di donare, non può essere riguardato come una donazione.

Siffatta donazione per natura sua propria ha qualche regola speciale, e per fermo:

1) Se la donazione rimuneratoria, ch' eccede i 500 solidi, è già effettuata, non può essere impugnata pel sopravanzo; ma se è corsa solo una promessa, il donatario avrà l'azione per la somma legale senza insinuazione.

2) Se una tale donazione è seguita tra coniugi, avrà pieno vigore, se effettuata, ma non si dà azione per farla eseguire.

3) La donazione rimuneratoria finalmente non si può rivocare per ingratitudine (g).

(f) L. 18. pr. §. 1. de don. (39. 5.). *Ulp.* Aristo ait, quum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est; et ita et Pomponius eum existimare refert, §. 1. denique refert, Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua in esse videtur.

(g) L. 34. §. 1. eod. *Paul.* Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.

B. Della estinzione de' diritti.

§. 68.

1) Della estinzione in generale.

I diritti si estinguono nel modo stesso che s' acquistano, per fatti o provenienti dalla volontà propria del subbietto, o da avvenimenti esteriori; ed ancora, come nell' acquisto, i fatti, che hanno forza legale di estinguere i diritti, variano secondo che variano i diritti medesimi. Difficile è dunque lo stabilire un principio comune, una norma certa e generale di estinzione; e la regola del fatto contrario (a) messa nella legislazione di Giustiniano, e da molti creduta sufficiente, non è applicabile a tutti i casi. Quel principio che un diritto vien meno per un fatto contrario a quello che lo fè nascere, vuol dire che spesso vi sono siffatti motivi naturali di estinzione; ma certamente altri ve ne sono ancora. Possiamo generalmente fissare le regole infrascritte:

1) Si estinguono i diritti mediante un' azione del subbietto, o di un altro in nome di colui il quale ha per scopo di far estinguere un diritto; ciò si appella comunemente alienazione; ovvero con l'abbandono spontaneo senza che il diritto rilasciato venga trasmesso ad un terzo; il che si addimanda rinunzia.

2) Si possono estinguere anche contro la volontà del subbietto, potendo questi perdere un diritto o a cagion di pena (b), o in altro modo sia mediatamente sia immediatamente.

3) Così si perde immediatamente un diritto: colla scadenza del termine fino al quale valeva (*dies ad quem*); coll' avvenimento di una condizione risolutiva; con la rivocazione di chi lo ha concesso; col cessare il diritto di colui che lo concedeva per la nota massima: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*, e secondo i casi col non uso (c).

(a) L. 35. 153. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Fere, quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

(b) L. 3. C. de aquaeduct. (11. 42.). *Valentin.* . . . . . . Quodsi quis aliter fecerit, non solum id, quod prius iure beneficii fuerat consecutus, amittat, verum pro conditione quoque personae severissima poena plectetur.

(c) L. 4. pr. de servit. (8. 1.). — L. 6. pr. quibus modis pign. vel hipoth. (20. 6.). *Ulp.* Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est. — L. 3. eod. — L. 2. §. 4. pro emptore (41. 4.).

4) Finalmente cessano mediatamente i diritti, che vengono da un qualunque stato, col cessare lo stato medesimo; i diritti reali con la distruzione dell' oggetto; i personali con l' estinzione dell'obbligo; quelli di possesso (*iura possessionis*) con la perdita del possesso medesimo.

5) Di grande importanza è la differenza che si pone, principalmente nei diritti di obbligazione, fra estinzione *ipso iure*, ed *ope exceptionis*. Un diritto si annulla *ipso iure*, quando il fatto che ne produce l' annullamento lo distrugge perfettamente, di guisa che il diritto termina per sempre di avere esistenza; all' opposto il fatto che produce l' annullamento *ope exceptionis* non estingue direttamente il diritto, ma ne fa sorgere un altro opposto al primo, di maniera che nasce una contrapposizione di diritti. Appena però il novello diritto riesce a stabilirsi e ad essere riconosciuto, l' altro si annulla in quanto alla sua efficacia e non nella sua sostanza, ossia il suo annullamento avviene di fatto e non di diritto; cosicchè da questo punto di vista possiamo dire con Paolo : *nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmatur*. Dal carattere di questa distinzione si rilevano le seguenti conseguenze:

a) Un diritto estinto *ipso iure* non potrà mai più risorgere; quandochè, estinto *ope exceptionis*, ritorna in vigore, se per qualsiasi circostanza il *ius exceptionis* venisse a mancare. E di vero nel primo caso potrebbe sorgere un novello diritto in luogo di quello estinto, ma sono indispensabili tutti i requisiti per creare un diritto, come se l' antico mai avesse avuto esistenza, p. e. la sola rinuncia non basterebbe a creare un novello diritto, se non contenesse i requisiti all' acquisto necessarii (d). Tutt' altro però è nel secondo caso (*ope exceptionis*); imperocchè l' antico diritto non è estinto, ma n' è nato un altro a quello opposto; e per conseguenza se questo secondo diritto per una circostanza qualunque, p. e. per rinuncia, si estingue, l'antico non è che si richiami alla esistenza, non essendo mai estinto, ma rimane in tutta la sua efficacia (e).

b) Quando un' obbligazione si estingue *ipso iure*, non si potrà mai

(d) V. L. 27. §. 2. de pactis (2. 14.).

(e) Arg. nella medesima. L. 27. §. 2. pr. de pactis (2. 14). *Paul.* Pactum, ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio elidetur. — conf. *Gai.* Inst. IV. 126.—pr. Inst. de replicat. (4. 14.). — L. 4. §. 4. si quis cautionib. (2. 11.). *Ulp.* Quaesitum est, an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiiciatur ? et ait Atilicinus, conventionem istam non valere. Sed et ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est. — L. 12. de nov. (46. 2.). — L. 28. pr. de leg. (30). — L. 13. de liber. leg. (34. 3.). — L. 70. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.).

fondare un' obbligazione accessoria come malleveria, pegno; dove al contrario in determinati casi ciò è possibile, quando la obbligazione è estinta *ope exceptionis*.

§. 69.

2) Della rinuncia.

La rinuncia è quell' atto per mezzo di cui spontaneamente si abbandona un diritto, senzachè questo venga trasmesso ad altri. Perchè un tale atto sia valido si richiede:

1) Che il rinunciante abbia facoltà di disporre del suo diritto, ed abbia coscienza dell' obbietto della rinuncia (a).

2) Che vi sia espressa o tacita dichiarazione di volontà; perocchè la rinuncia non è mai presunta.

3) Che essa sia accettata dall' altra parte, ma solamente nel diritto di obbligazione, ed in quel diritto reale in cui vi è una *obligatio rei* (pegno). L' accettazione non è richiesta nel diritto di proprietà e negli altri diritti reali, nei quali la rinunzia prende il nome di *derelictio*. Nei diritti di servitù si è creduta, senza ragione, necessaria l'accettazione; ma il diritto in *re* è diritto assoluto tanto, quanto quello della proprietà, e colui che ha un *ius in re*, verbigrazia, l'usufruttuario non è, per nulla in relazione col *dominus*, ma sibbene con la proprietà (*res servit*), onde non è punto necessaria, affinchè la rinuncia sia valida, l' accettazione del *dominus*. Le leggi su ciò accennano già ad una rinuncia unilaterale adoperando il verbo *derelinquere* in questo significato (b). Si fa eccezione della *servitus praediorum urbanorum* pel carattere speciale di questa servitù, come si vedrà a suo luogo (c).

4) Una rinuncia è sempre di stretta interpretazione, essa non si presume, e, quando vien provata, fa mestieri circoscriverla ne' più angusti limiti (d).

5) Seguita la rinuncia nelle debite forme, non si dà luogo a regresso (e).

(a) L. 29. C. de pactis (2. 3.). — L. 174. §. 1. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest. — L. 19. de inoff. test. (5. 2.).

(b) L. 64. 65. de usufr. (7. 1.).

(c) V. Lib. III. c. 3.

(d) L. 87. de legat. (30). *Papin.* Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. — L. 21. C. ad SC. Vell. (4. 29.).

(e) L. 11. C. de reb. cred. (4. 1.). *Iustinian.* . . . . . . Satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renuntiandum putavit.

C) Del tempo considerato rispetto all'origine ed estinzione de' diritti.

§. 70.

1) Divisione del tempo e sua computazione.

1) Il tempo si divide giuridicamente in anni, mesi e giorni. Il giorno consiste in 24 ore, contando da una mezza notte all' altra (a).

L' anno consta di 365 giorni dal 1.° gennaio fino al 31 dicembre inclusivo.

Il mese consta di 30 giorni, ma naturalmente questo numero varia col variar de' mesi, così vi sono mesi di 30, di 31 giorni, e v' è il mese di febbraio che ne ha 28 (1).

2) Nelle leggi v' hanno due specie di computazione, quella *a momento in momentum*, e l' altra *a die ad diem*; la prima è la così detta computazione naturale, la quale riusciva difficilissima e quasi impossibile presso i Romani (b), onde si dovette far uso della computazione civile (c), ch' è la seconda.

Nelle relazioni giuridiche la computazione, sì civile che naturale, può essere di tre guise:

a) Un anno che incomincia da qualunque momento dal 1.° gennaio, e si ritiene compiuto al primo momento del 31 dicembre, ossia nella mezzanotte tra il 30 al 31 dicembre.

b) Un anno che incomincia da un momento qualunque dal 1.° gennaio, e si ritiene come compiuto all'ultimo momento del 31 dicembre, ossia nella mezza notte del 31 dicembre al 1.° gennaio.

c) Finalmente da un momento qualunque del 1.° gennaio, e si ritiene come compiuto nello stesso momento dal 1.° gennaio dell' anno seguente (computazione naturale).

Il carattere della computazione civile è, che si computa tutto un giorno come se fosse un momento; sicchè non è possibile una ulteriore divisione del giorno, e questo vale tanto se si riguarda il giorno in cui incomincia la computazione, quanto l'ultimo termine di essa: così quando s'incomincia un fatto da qualunque ora del 1.° gennaio, e deve continuare per un anno civilmente preso, quel primo gennaio vale sempre per un giorno; come ancora il precedente giorno dell'anno seguente, ossia il 31 dicembre vale per l'ultimo, in guisa che di quest'ultimo giorno si potrà ritenere tanto il primo, quanto l'ultimo momento.

(a) L. 8. de feriis (2. 12.). *Paulus.* More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his XXIV horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

(b) V. *Savigny*, sist. IV. §. 180.

(c) L. 134. de V. S. (50. 16.). — L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.).

Questo principio è applicato nel seguente modo: quando si richiede uno spazio di tempo, affinchè si fondasse un diritto, avviene che l'ultimo giorno si ritiene come compiuto fin dal suo primo momento (d). Quando al contrario la influenza si rapporta alla perdita e ad un pregiudizio, si ritiene l'ultimo momento dell'ultimo giorno 31 dicembre, perchè fosse ritenuto compiuto l'anno o qualunque altro spazio di tempo richiesto (e). La computazione naturale forma solamente una eccezione, essa avviene in un sol caso (f) (2).

ANNOTAZIONI

(1) La difficoltà di questa divisione è così grande in teoria ed in pratica, che importa esaminarla attentamente. Il mese abbiamo detto constare di trenta giorni; ma questa computazione si oppone alla naturale divisione del tempo, e può in pratica esser contraria al principio di equità; dappoichè dato che uno dovesse perdere un diritto pel non uso di due mesi, e la mancanza d'uso cominciasse in un mese che ha trentuno giorni, egli, stando alla computazione suddetta, prima che scorressero i due mesi naturali, non potrebbe più esercitare il suo diritto: p. e. se la omissione cominciasse ai dieci luglio, quegli ai nove settembre non potrà più far uso del suo diritto. Più equa sembra la computazione del mese civile da un giorno delle calende al medesimo giorno delle altre calende, poichè nel caso nostro i due mesi, incominciati al dieci di luglio, terminerebbero ai dieci settembre; ma a ciò si oppone che i Romani difficilmente applicar potevano questo principio per la mobilità delle none e degl'idi. Onde i giuristi han cercato di dimostrare che i Romani anche negli affari giuridici dividessero il tempo esattamente, e così lo applicassero nelle private questioni. Lo *Schrader* tra gli altri è di opinione che dovrebbesi considerare il mese come la dodicesima parte di 365 giorni: cioè $\frac{365}{12} = 30$ giorni e 10 ore. Ora la com-

---

(d) L. 5. qui test. fac. poss. (28. 1.). Ved. annot. pag. 1.—L. 183. de manomiss. (40. 1.).— L. 134. de V. S. (50. 16.).— L. 15. de div. temp. praes. (44. 3.).— L. 49. de cond. et demonst. (35. 1.). *Celsus.* Si in annos decem heres dare damnatus, aut quis liber esse iussus est, novissimo eius temporis die legatum debebitur, et libertas obtingit. — Ved. annot. 2.

(e) L. 6. de O. et A. (44. 7.).— L. 101. de R. I. (50. 17.). *Idem.* Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.— L. 30. §. 1. ad leg. Iul. de adulteriis (48. 5.). *Paul.* Sexaginta dies a divortio numerantur; in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.— L. 1. §. 9. de suc. edict. (38. 9.). — L. 1. §. 5. 6. quando appell. sit. (49. 4.). — V. *Vangerow*, Latini Iuniani, Marb. 1833.

(f) L. 3. §. 3. de minoribus (4. 4.).

putazione civile per quanto è possibile deve accostarsi alla naturale; e però un mese sarà di 30 giorni, poichè la frazione essendo al di sotto di un mezzo giorno, si trasanda; ma due mesi saranno di 61 giorni, poichè la frazione in questo caso essendo di 20 ore si può computare come tutto un giorno; dippiù 3 mesi importerebbero 91 giorni, 4 mesi 122, 5 mesi 152, 6 mesi 182, con l'avanzo di 12 ore, ed, essendo giusto un mezzo giorno, i 6 mesi si possono contare tanto per 182, quanto per 183 giorni; ma, egli aggiunge, i Romani hanno accettato il primo computo come si rileva dalla Leg. 3. §. 12. *de suis et legit. hered.* (38. 16). conf. con la Leg. 12. *de stat. hom.* (1. 5). (g). La opinione dello *Schrader* è tanto importante in quanto è fondata perfettamente sulle parole della legge 101. de R. I. not. (e): *et qui sexagesimo et primo die etc.* Questa opinione è stata generalmente combattuta, e, come è naturale, i giuristi danno infinite interpretazioni alla legge citata. Il *Savigny* sostiene che non si possa prendere il suddetto frammento nel senso, che Paolo abbia voluto in questo passo stabilire una regola generale d'interpretazione sulle leggi passate e future, le quali facessero menzione di due mesi; specialmente poi se si riguardano i plebisciti, i quali da molto tempo non si adoperavano come mezzo di esplicamento del diritto; ma non è improbabile, egli dice, che Paolo in questo luogo indichi il modo come debbesi interpretare ed applicare una determinata legge antica ch' egli aveva prima citata, e che faceva menzione di due mesi; passando quindi in ressegna molte leggi antiche, il *Savigny* si ferma alla legge Giulia *municipalis*, commentando la quale Paolo direbbe: La determinazione della legge (Giulia), secondo cui i reclami contro le elezioni municipali debbono esser fatti fra due mesi, è da intendersi in guisa, che debba esser ammesso anche il reclamo presentato nel 61.° giorno. Ora per combattere la difficoltà dei 61 giorni è d' ammettere che in questo luogo Paolo vuol far valere una più grande estensione di uno spazio di tempo in opposizione ad un altro più breve; il *dies* di Paolo è il giorno delle calende, ma come secondo la sua teoria, si può scegliere una doppia computazione, *Savigny* crede che il giureconsulto romano abbia computato in questo luogo il primo giorno in cui il decemviro eletto abbia avuto contezza della sua elezione; allora il *novissimus dies* è il 61.° giorno, e così per questo perentorio di reclamo il giurista romano dice lo stesso come nella leg. 6. de O. et A. (44. 7.).

Da ciò che siam venuto esponendo si rileva che il *Savigny* in massima combatte la opinione dello *Schrader*, ed accetta in tesi generale che il mese, che noi appelleremo civile, consta di 30 giorni, e che due mesi facciano conseguentemente 60 e non 61 giorni. Rispetto poi alla legge predetta, la quale apparentemente sembra contraddire alla comune opinione, e confermare quella dello *Schrader*, non possiamo ammettere l'interpretazione data dal *Savigny*. Prima di tutto la legge 101 citata parla in modo generale, ed è rotta ogni regola d'interpretazione volendola limitare alla sola legge Giulia: nè vogliamo disputare se Paolo pensasse o no alla legge Giulia municipale, poichè sarebbe inutile, quando la legge di Paolo fa parte integrante di un codice, ed è messa come un principio generale, tanto più che in altre leggi del medesimo codice continuamente due mesi sono computati per 60 giorni (h),

---

(g) *Schrader*, diss. civili 11. 3.

(h) L. 4. §. 1. — L. 11. §. 6. — L. 15. pr. — L. 29. § 5. — L. 30. §. 1. ad Leg. Iuliam adult. (48. 5.). Ved. not. e. — L. 40. de reb. cred. (12. 1.). — L. 31. §. 22. de aedil. edicto (21. 1.). *Ulp.* Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea

Ma ammesso ancora che in questo caso speciale Paolo avesse computato come crede *Savigny*, e che il *dies* in questo luogo indica il giorno delle calende, sorge un'altra difficoltà: imperocchè se si deve ritenere il giorno delle calende e computare nel medesimo tempo i giorni intermedii, si avrà che computato il giorno delle calende in cui il magistrato fu eletto, il medesimo giorno delle calende di due mesi dopo, e contando nel medesimo tempo i giorni tra questi due estremi, secondo i diversi mesi i giorni non saranno sempre sessantuno, ma possono essere 62, 63, e, se vi è per mezzo il mese di febbraio, saranno ancora meno. Di fatti se il magistrato avesse contezza della sua elezione al 1.° aprile, egli potrebbe secondo la spiegazione di *Savigny* al 1.° giugno, ch'è il medesimo giorno delle calende produrre il reclamo, ora contando i giorni se ne troveranno 62; così ancora se il magistrato eletto avesse notizia della sua elezione al 1.° luglio fino al 1.° settembre, ch'è il medesimo giorno delle calende, saranno 63, e 60 se da gennaio al 1.° marzo, onde per essere conseguente bisognerebbe limitare ancora il pensiero di Paolo, ed ammettere ch'egli parli di un caso speciale, in quei due mesi che avranno entrambi trenta giorni, il che è impossibile (i).

Altri cercano d'interpretare quel passo ponendo un principio di equità, di che fanno menzione le glosse, e proprio quando la legge parla di mesi si concede per equità un giorno di più, ma non quando parla di *dies*. *G. Gotofredo* al contrario opina, che essendo i mesi di varia lunghezza, 61 giorni sono presi come media di due mesi (k); questa interpretazione è affatto opposta a quelle leggi, che fissano espressamente due mesi per 60 giorni.

Da che queste interpretazioni non sono sufficienti, conchiudiamo che i Romani contavano il mese legale di 30 giorni (l), e che nella legge 101 il testo è guasto, com'è provato dalla moderna critica, per le cui ricerche è quasi certo che la medesima legge non si legge egualmente nelle Basiliche e presso Eustazio (m); onde è probabile che le parole *et primo* non sieno che una falsa emendazione, che si è creduto fare al testo antico, il quale facilmente suonava *et premo die* (*postremo die*) (n). Erroneamente lo *Schrader* si fonda sulla legge 3. §. 12. *de suis etc.*; imperocchè secondo la sua opinione, in ogni caso 182 giorni farebbero 6 mesi, laddove, confrontato questo passo con la legge 12 *de stat. hom.*, è chiaro che si voglia intendere 7 mesi, *septimo mense nasci perfectum partum*, nella quale bisogna che si ammetta una poca precisa espressione di Paolo: come ancora la stessa imperfezione di espressione si scorge nella L. ult. pr. C. *de tempor appell.* (7. 63), nella quale si dichiara che tre mesi contengono 93 giorni.

Oltre a queste poche leggi in tutto il sistema giustinianeo il mese è 30 giorni (o).

conventio rata habetur; si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non. — L. 22. §. 2. C. de iur. deliber. (6. 30.). — N. 115. c. 2.

(i) *Savigny*, O. C. pag. 392. al §. 185.

(k) *I. Gothof.* comm.

(l) *Reinfelder*, l'anno civile del diritto Romano, Stutg. 1829. pag. 116. — *Puchta*, Pandet. §. 74. not. d. Lezioni I. pag. 154. — Böcking., Ist. I. §. 121.

(m) V. Basil. edit. *Heimabach* I. pag. 71. — *Eustathius*. edit. *Zachariae*, pag. 149.

(n) *Giornale di Giessen*, n. s. Huschke II. pag. 169.

(o) L. 40. de rab. cred. (12. 1.). — L. 11. §. 6. — L. 29. §. 5. ad Leg. Iul. adult. (48. 5.). —

(2) Questa computazione ha elevate serie controversie e le opinioni sono così svariate, che riuscirebbe quasi difficile trovare un principio comune. La nostra opinione ci pare fondata sopra leggi che sono abbastanza chiare intorno a ciò.

1) Quanto alla prima computazione:

Ulpiano nella L. 5. *qui test. fac. poss.* così si esprime:

« A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus.
» Verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in feminis
» autem duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartumde-
» cimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone, ali-
» quem kalendis Ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo
» anno, an valeat testamentum? Dico valere; *Plus arbitror, etiam si pridie kalen-*
» *darum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum:* iam enim com-
» plesse videtur annum quartumdecimum, ut Marciano videtur.

Questa legge è stata diversamente intesa, e la maggior parte de' giuristi crede, che le parole di Ulpiano in corsivo indichino la notte dal 31 dicembre al primo gennaio, certamente con poco fondamento; difatti l' ora dopo la sesta della notte non è certamente l'ultima del *pridie kalendarum,* ma la prima dell' ultimo giorno, ossia del 1.° gennaio: ora se al giovinetto è permesso di fare il testamento nella prima ora del 1.° gennaio, non avrebbero poi nessun significato le parole di Ulpiano *plus arbitror etc.*, avendo prima nelle parole *ipso natali suo* espressa la medesima idea; possiamo ammettere una ripetizione del medesimo concetto? Or dunque se Ulpiano ha detto in prima che il giovinetto può fare testamento, compito il quattordicesimo anno *ipso natali suo*, e quindi aggiunge *plus arbitror*, ed accenna al giorno innanzi dopo la mezza notte, deve ammettersi assolutamente la prima ora del giorno innanzi, se non si voglia accettare una ripetizione inutile ed un giro di parole. Molto meno potrebbe dirsi che la prima frase di Ulpiano debba intendersi nel senso che colui, il quale volesse fare testamento , dovrebbe aspettare il giorno 2 gennaio , compimento dell' ultimo giorno; sicchè il pensiero di Ulpiano sarebbe allora il seguente: il quattordicenne giovinetto deve assolutamente attendere il due gennaio per fare il testamento, ovvero lo potrà fin dalla prima ora del 1.° gennaio? Il testamento, Ulpiano risponde nella seconda frase, sarà valido anche in quest'ultimo caso. Ciò si oppone alle parole stesse della legge: se Ulpiano avesse veramente inteso nella prima parte che l' individuo dovesse attendere la prima ora del giorno 2 gennaio, non si sarebbe espresso in quel modo; stantechè la prima ora del giorno 2 gennaio non è *l' ipsa natalis sua dies*, ma il giorno dopo. Per la qual cosa non ci resta che ad intendere il passo di Ulpiano nella maniera su esposta (p).

Non è diverso il significato delle seguenti leggi:

Ulp. L. 1. *de manomiss.* (40.1.). « Placuit, eum, qui kalendis Ianuariis natus post
» sextam noctis pridie kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manu-
» mittere; non enim maiori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manu-
» mittere vetari; iam autem non minor est, qui diem supremum agit anni vicesimi ».

L. 1. §. 10. ad SC. Turpill. (48. 16).— L. 28. 31. §. 22. de aedil. edicto (21. 1.).— L. 22. §. 1. 2. C. de iur. delib. (6. 30.). — N. 115. c. 2. — V. *Vangerow*. O. c. I. §. 194.

(p) V. *Reinfelder*, l' anno civile pag. 32. ss. — *Löhr*, comp. civil. nell'archivio civile XI. 421. — *Bachofer*, della teoria della computazione civile, rivista di Giessen XVIII, pag. 335. — *Vangerow*, Latini Iuniani, p. 172. Pandette p. 382.—in contr. *Savigny*, O.C. p.381.—*Göschen*, lezioni sul diritto civile comune I, pag. 591.—*Unterholzner*, teoria della prescrizione pag. 304.

Così Paolo nella legge 134. de V. S.: Anniculus non statim ut natus est, sed » trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia » annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus », e nella legge 132 eod. » Anniculus amittimur qui extremo anni die moritur; et consuetudo » loquendi id ita esse, declarat: ante diem decimum kalendarum, post diem deci» mum kalendarum; neque utro enim sermone undecim dies significantur.

Serie difficoltà si sono elevate per la legge di Vulneio L. 15. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) combinata con le leggi di Ulpiano 6. 7. *de usucap.* (41. 3.); e queste difficoltà sono state di tanto peso, che anche alcuni di coloro i quali interpretavano nel senso nostro le leggi di Ulpiano precedentemente citate, per queste seconde leggi si accostano all'opinione da noi innanzi combattuta; in altre parole l'*Erb*, lo *Schweppe* e il *Koch* hanno per fermo che la legge di Vulneio sia da interpretarsi come le prime di Ulpiano da noi trascritte (L. 5. *qui testam. fec. poss.*, e *L. 1. de manomiss.*), per contra le leggi 6. e 7. *de usucap.* debbono intendersi nel senso che, affinchè l'usucapione fosse terminata, è mestieri che scorresse tutto il 31 dicembre.

Ecco il tenore di queste tre leggi:

L. 15. pr. *de div. temp. praes.* (Vulneio) » In usucapionibus ita servatur, ut, » etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur » usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus ».

L. 6. *de usucap. Ulp.* « In usucapione non a momento ad momentum, sed to» tum postremum diem computamus.—Leg. 7. (lo stesso) » Ideoque qui hora sexta » diei Kalend. Ianuar. possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalend. Ianuar. im» plet usucapionem ».

Egli è certo, che chi a primo aspetto volesse giudicarne dalla legge 7. specialmente, avrebbe buon fondamento per dire che il termine dell'usucapione si compie nell'ultimo giorno, e proprio all'ora sesta della notte del giorno antecedente a quello in cui s'incominciò a possedere. Considerando per altro profondamente quel passo non si tarderà a conoscere, non esser differente da quelli da noi prima interpretati; cioè che anche in questo luogo debba intendersi il primo momento del giorno anteriore ossia del 31 dicembre.

L'errore di questi giuristi è avvenuto perchè le parole *sexta hora noctis* furono interpretate per l'ora tra le 11 e 12 del giorno 31: quandochè quell'ora *sexta noctis* indica un sol momento, cioè perfettamente le 12; il che vuol dire il primo momento del giorno 31 (q).

2) Per ciò che riguarda la seconda computazione le differenti interpretazioni si versano sul *novissimus dies*. Paolo L. 6. de O. et A. (44. 7.). « *In omnibus tempo*» *ralibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finitur obligatio* ». Ora il *novissimus totus dies* non indica nè una computazione a *momento ad momentum*, come vorrebbero alcuni (r), nè il medesimo giorno delle calende ossia la mezza notte tra il 1 ed il 2 gennaio, come vorrebbero altri (s); ma per ultimo giorno è quale comunemente s'intende, l'ultimo di dicembre (t); questo dichiara Paolo

---

(q) *Rainfelder*, O. C. pag. 91. — *Vangerow*, l. c. pag. 384.

(r) *Glück* comm. V. pag. 567.

(s) *Savigny* O. C. p. 389. — *Unterholzner*, l. c. p. 296.

(t) *Erb*, l. c. pag. 202. — *Reinfelder* pag. 111.

stesso in altro luogo e specialmente nella L. 30. §. 1. *ad leg. Iul. adulteriis* (48. 5). « *Sexaginta dies a divortio numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est* »; dunque i 60 giorni, nei quali il padre ed il marito, *iure patris vel mariti*, possono fare l'accusa, sono computati in guisa che l'accusatore potrà procedere anche nel 60 giorno. Con qual fondamento poi il *Savigny* opina in questo caso che Paolo non conta il giorno del divorzio, quando ha espressamente detto: *sexaginta dies a divortio numerantur*? Lo stesso si dica del passo di Ulpiano L. 1. §. 9. de succ. ed. (38. 9). « *Quod dicimus intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est*, UT ET IPSE DIE CENTESIMO BONORUM POSSESSIO PETI POSSIT ».

§. 71.

Del tempo continuo ed utile.

Haubold, De temporis continui et utilis computatione, Lipsiae 1791.—*Savigny*, Sist. IV. §. 189. — *Donelli*, Comm. XVI. c. 8.

1) Uno spazio di tempo può essere considerato o generalmente come una serie non interrotta di piccole frazioni di tempo, e perciò, seguendo ogni frazione immediatamente l' altra, non è concepibile interruzione di sorta, ed il tempo allora appellasi *continuo* (a); ovvero per alcuni casi, nei quali l' azione dovrebbe essere impresa in un tempo della legge determinato (non più di un anno), come una serie interrotta, in cui vengono computati solamente quei giorni in cui l' individuo poteva far valere il suo diritto, trasandando gli altri in cui all'avente diritto fu impossibile intraprendere l'azione: in altri termini il diritto ammette un' interruzione nel tempo fissato per far valere un diritto, e lo ritiene sospeso per tanti giorni, per quanti l'interessato fu impedito, ed allora dicesi *utile, utile tempus, annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles* (b) (1).

2) Non qualunque spazio di tempo prescritto dalla legge, e che non sorpassi l'anno è da tenersi come tempo utile; ma bisogna che vi concorrano le seguenti condizioni :

a) È ritenuto utile quando l'azione deve seguire innanzi a magistrato.

(a) L. 31. §. 1. de usurp. et usuc. (41. 3.). *Paul.* In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. — L. 8. C. de dolo (2. 21.). — L. 7. C. de tempor. in int. rest. (2. 53.). *Iustin.* Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune, reliq.

(b) L. 2. pr. quis ordo (38. 15). *Ulp.* Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit, et potuerit admittere; ceterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — L. 1. §. 9. 12. de succ. edict. (38. 9.). — L. 19. §. 6. de aed. edicto (21. 1.).

Eccettuati sono nondimeno i seguenti casi, ne' quali il tempo è continuo; il perentorio dato a deliberare (c), il termine dell'inventario (d), i 30 giorni durante i quali una donna divisa dal marito potrà notificargli la sua gravidanza (e), ed i 50 giorni per avanzare la scusa dalla tutela (f).

b) Il tempo utile è applicabile solamente a' periodi che stabilisce la legge, non a quelli stabiliti per privato arbitrio; i termini perentorii o dilazioni date da un giudice in un processo saranno intese sempre per continue (g).

c) Il tempo può essere utile solamente quando il periodo non sorpassi un anno; mai quando si tratta di un più lungo termine, così nella *bonorum possessio* ed in altre prescrizioni di diverse azioni.

3) Non tutti gli ostacoli possibili escludono i giorni dal computo; conviene che l' ostacolo sia di quelli, che fortuitamente, e temporaneamente impediscono, non di quelli che son proprii di uno stato particolare della persona, e sono per conseguenza perenni. Gli ostacoli del primo carattere, quelli cioè che giovano, possono riguardare sia la persona di colui che deve imprendere l' azione, sia la persona contraria, sia finalmente il magistrato.

a) Quelli del primo caso sono, la prigionia di guerra, il servizio dello Stato, e il carcere (h), ovvero la tempesta, l' infermità che rende impossibile di comparire in giudizio, e quando in tutti questi casi non si è potuto nemmeno trovar procuratori.

(c) L. 19. C. de iur. delib. (6. 30.).

(d) L. 22. §. 1. 2. C. eod.

(e) L. 1. §. 9. de agnos. lib. (25. 3.). *Ulp.* Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.

(f) §. 16. Inst. de excus. (1. 25.). —. . . . . Qui autem excusare se volunt, non appellant: sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cuiuscumque generis sint, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

(g) L. 3. C. de dilat. (3. 11.). — L. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.): *Ulp.* Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive republicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit. — L. 2. C. de temp. et repar. (7. 63.).

(h) L. 3. C. de dilat. (3. 11.). *Constantin.* — Sive pars, sive integra dilatio fuerit data, eo usque iudicis officium conquiescat, donec petiti temporis defluxerint curricula. Feriae autem, sive repentinae sive solemnes sint, dilationum temporibus non excipiantur, sed his connumerentur. — L. 11. §. 5. ad leg. Iul. adult. (48. 5.). Ved. not. prec.

L' ignoranza del proprio diritto non è riguardata come ostacolo, che nella *bonorum possessio*, ed altresì per eccezione nella prescrizione dell' azione (i).

b) Gli ostacoli cagionati dalla parte contraria, possibili solamente nella prescrizione dell' azione, vengono dal non poter muovere l' azione per l' assenza dell' avversario senza procuratori; siccome può avvenire nell' *actio furti*, e nell' *actio vi bonorum raptorum* (k).

c) Finalmente nel terzo caso può venire l' ostacolo legale, quando la persona non trovasi nel luogo ove si amministra la giustizia; per le provincie si teneva conto anche della lontananza, essendochè il periodo di tempo era prolungato di un giorno per ogni 20 miglia romane.

ANNOTAZIONE

La teoria del tempo utile è stata diversamente intesa da altri giuristi, le cui opinioni, essendo state accettate da scrittori di polso, non crediamo inutile di esaminare accuratamente.

I. Prima di tutto alcuni giuristi han creduto che la distinzione tra tempo utile e continuo debba riferirsi al principio o alla continuazione di un'azione, onde fanno le seguenti quattro combinazioni:

1) *Tempus utile ratione initii, et ratione cursus;*
2) *Tempus utile ratione initii, et continuum ratione cursus;*
3) *Tempus continuum ratione initii, et utile ratione cursus;*
4) *Tempus continuum ratione initii et cursus.*

Quantunque queste quattro combinazioni fossero accettate da molti giuristi (l), sono nondimeno confuse nella forma, ed erroneo nella sostanza. È da notare che tale distinzione è totalmente estranea ai testi, in cui e le espressioni *tempus utile* e *tempus continuum* sono usate nel modo più assoluto. A seguire quelle combinazioni bisognerebbe ammettere p. e. che l'attore al momento che per lui nasce l'azione sia impedito legalmente, ovvero sia mentre scorre il termine. Che questo non sia ammissibile si rileva da ciò, che le leggi non ci danno la minima facoltà a questo riguardo, e che quegl'impedimenti, che la legge ci addita come producenti il tempo utile, siano applicabili tanto se avvengono al principio dell'azione, quanto se nella successione del tempo. Da quest'aspetto, ch'è il più naturale, quelle combinazioni non hanno bisogno di ulteriore esame.

(i) L. 2. quis ordo (38. 15.). ved. not. *p*, e pag. 299. — L. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.). ved. not. *h* pag. 295. — L. 6. de calumn. (3. 6.). *Gaius*. Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse; quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit. — L. 15. §. 4. 5. quod vi (43. 24). *Ulp*. Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit, licet perfectum non sit; alioquin, si a principio operis coepti annum quis numeret, necesse est, cum his, qui opus tardissime fecerent, saepius agi. §. 5. Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulcro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco; sed etsi sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est; nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est, magna et iusta causa ignorantiae interveniente. — L. 19. §. 6. — L. 55. de aedil. edicto (21. 1.). — ved. not. *n*. — L. 2. C. de aed. act. (4. 58.). — L. 8. C. de dolo (2. 21.).

(k) L. 1. §. 7. 8. 9. quando appell. (49. 4.). — L. 2. §. 1. 2. 3. quis. ordo (38. 15.). *Ulp*. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit; potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, quum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

(l) *Thibaut*, §. 97. — *Hopfner*, §. 666. — *Glück*, v. 3. §. 269. a. — *Haubold*, l. c. p. 405.

Ma i giuristi, che quella opinione sostengono, hanno preso un altro punto di partenza, e tale che, parendo a prima vista venir tacitamente per legge, può facilmente convincere i meno accorti. E di vero il pensiero de' giuristi è il seguente: un'azione giuridica può soffrire ostacolo sia per circostanze esteriori, sia per l'ignoranza che una persona abbia del suo diritto: ora essendo nelle leggi per differenti relazioni giuridiche contemplato sia l'uno sia l'altro ostacolo, ne traggono essi quelle combinazioni: quando cioè i due momenti dell'impedimento esteriore e della ignoranza sono ammessi; quando è ammesso solamente la ignoranza e non gli ostacoli esteriori; quando viceversa; e finalmente quando entrambi i momenti non vengono affatto ammessi, sicchè il motivo dell'ignoranza avviene sempre al principio, esso non potrà venire nel corso del tempo, essendo rimosso dalla conoscenza.

Dicemmo che questa teoria ha qualche eco ne'nostri fonti, e la si scorgerà facilmente quando la medesima è messa a confronto con la teoria dell'errore. In effetti l'interdetto *quod vi aut clam* dura un anno utile, cominciando dal momento che fu intrapreso l'atto illecito, e non dalla conoscenza del medesimo; ma quando l'opera è fatta così nascostamente che riuscirebbe quasi impossibile all'attore di conoscere il suo diritto ad agire contro, l'anno incomincia dalla conoscenza (m); ora in questi due casi, nel primo, secondo quei giuristi, vi sarebbe un *tempus continuum ratione initii et utile ratione cursus*, mentre nel secondo caso sarebbe *utile ratione initii et ratione cursus*. Lo stesso si dica delle azioni che nascono dall'editto edilizio, le quali si prescrivono in un anno o meno, poichè, incominciando il tempo a decorrere dal momento ch'è stato conchiuso il contratto, il tempo sarebbe utile solamente *ratione cursus*; mentre, dandosi la circostanza che il vizio dell'oggetto fosse troppo occulto, e che non è mancato la deligenza del compratore, il tempo incomincia a decorrere non dal momento del contratto, ma da quando il vizio si sia fatto manifesto (n), ed in questo caso sarebbe utile *ratione initii et cursus*.

Questa sarebbe la vera applicazione di questo principio, e guardata la teoria da questo punto di vista, avrebbe certamente una certa apparenza di chiarezza; se non che quei giuristi non sono affatto di accordo fra loro, e mentre si è veduto il caso in cui può avvenire un *tempus continuum ratione initii et utile ratione cursus*, ecco *Thibaut* che ci avverte che questa combinazione non avviene in nessuna relazione giuridica. Generalmente poi quel principio viene esposto in questa guisa: dove la legge determina, o è certo un tempo utile, deesi comprendere utile *utraque ratione*, altrimenti sarebbe portare una distinzione che la legge in se stessa non ha, dove non è stabilito, possono ammettersi le altre distinzioni (o).

(m) L. 15. §. 4. 5. quod. vi aut clam. (43. 25.). ved. not. i.

(n) L. 28. §. 6. — L. 55. de aedil. edicto (21. 1.). *Papin.* Quum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit; non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit. — L. 2. C. de aedil. act. (4. 58.).

Per rilevare le inesattezze di questa teoria è mestieri innanzi tutto considerare bene il motivo, che solamente è la ragione efficiente di quella distinzione. Il principio fondamentale di questa teorica è la ignoranza, la quale, quando è scusata e porta seco la conseguenza del periodo utile, avviene sempre al principio di una relazione giuridica; non la si può immaginare mai nel corso, essendo già rimossa dalla conoscenza che si è avuta. E veramente se la prescrizione dell'azione dovesse cominciare dalla conoscenza della violazione del proprio diritto, essa non comincia se l'individuo questo ignora; ma appena egli ha conoscenza e la prescrizione incomincia a decorrere, non è possibile che in questo corso si ammetta più l'ostacolo, che già fu rimosso: perciò essa rende, in questo caso, il tempo sempre utile *ratione initii*. Per quanto abbia questo argomento l'apparenza di verità, pure può avvenire il contrario, e nei fonti *Ulpiano* lo determina con parole precise abbastanza nella leg.2.pr. *quis ordo* (38. 15.): «Fieri « autem potest, ut qui *initio scierit* vel potuerit bonorum possessionem admittere, « hic *incipiat nescire* vel non posse admittere; scilicet si, cum initio cognovisset « eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, « numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor perrepserat. Idem « et in contrario accipi potest, ut quid ignoravit initio, postea scire incipiat ». Nessun dubbio adunque, il motivo della ignoranza, che può produrre il tempo utile, può essere ammesso in alcuni casi anche mentre il tempo decorre, nè la espressione per mezzo della quale si vuole determinare questo stato è felicemente scelta; poichè secondo quella espressione la malattia, la prigionia o tutti gli ostacoli esteriori possono avvenire tanto al principio quanto mentre scorre il tempo, il che genera un'altra confusione.

Erronea è poi la teoria se ne consideriamo la causa; imperocchè, considerando il principio generale, non si tarderà a riconoscere una teoria inesatta ed ai nostri fonti contraria. Il motivo della ignoranza del proprio diritto non è affatto riconosciuto dalla legge per regola generale, che nella *bon. possessio*, e ciò a causa del particolar carattere di questa istituzione giuridica (p), e per eccezione nella prescrizione delle azioni: così oltre ai casi a questo riguardo citati (note i. m.) possiamo aggiungerne altri; così p. e. l'accusa di adulterio si prescriveva per le donne in 6 mesi da contarsi dall'azione cattiva se vedova, dallo scioglimento del matrimonio se maritata (q): l'*actio Pauliana* si prescrive in un anno computandosi dal momento dell'alienazione fatta e non dalla conoscenza (r): nella sola azione di calunnia che dura ancora un anno, e in quelle poche eccezioni vedute nell'interdetto *quod vi aut clam*, e nelle azioni nascenti dall'editto edilizio, il tempo incomincia a decorrere dalla conoscenza che una persona ha del diritto di agire (s). Per la qualcosa bisogna conchiudere che non è regola generale, ma solamente una eccezione, quando viene presa in considerazione la ignoranza, e, se ciò avviene, non è sempre il caso che rende il tempo utile al solo principio e non al corso di una azione. D'altronde, se, come essi medesimi ci avvertono, quando la legge determina il tempo utile, debba intendersi tale per entrambe le ragioni, qual sarebbe poi il caso in cui debba accettarsi utile in una delle ragioni, e specialmente poi *ratione initii?* quelli forse nei quali è presa solamente in considerazione la ignoranza, e ne' quali vi è determinato il tempo continuo, come p. e.: la scusa per la non accettazione della tutela, il perentorio per deliberare, e per l' inventario, e tutti i perentorii giudiziarii? Ma bisogna ammettere in questi casi un tempo utile quando la legge ce lo dice espressamente continuo? Ora se ai detti giuristi ripugnava di mettere una distinzione nella legge, perchè vorrebbero metterla in questi casi? Dall' altra parte è dichiarato nel testo il perchè questi casi non sono da notarsi nel tempo utile, ed ora aggiungiamo che l' essere o non essere considerata la conoscenza o la non conoscenza di un proprio diritto è perfettamente estraneo alla distinzione del tempo utile e continuo, e questa differenza è stata anche riconosciuta dal nostro diritto (t).

(o) *Haubold*, l. c. pag. 434. *Glück*, v. III. p. 507. *Göschen*, lezioni I. §. 583. 585.

(p) L. 2. pr. quis ordo (38. 15.). *Ulp.* Utile tempus est bonorum possessionem admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies, et scierit, et potuerit admittere; ceterum quacumque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — V. *Savigny*, IV. §. 190. p. 434.

(q) L. 29. §. 5. ad — L. Iul. adult. (48. 5.). — L. 1. §. 10. ad SC. Turpill. (48. 16.).

(r) L. 6. §. 14. — L. 10. §. 18. quae in fr. cred. (42. 8.). *Ulp.* Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.

Ciò considerato, le quattro combinazioni rendono la teoria confusa non solo, ma portano seco inavitabili errori, così devesi accettare questo principio che quando la legge parla di tempo continuo ed utile parla nella maniera più assoluta (u).

§. 72.

3) Del giorno intercalare.

Censorinus, De die natali c. 2. — *Breuning*', Diss. ad Celsum in L. 98. de V. S. Lips. 1737. — *Majansius*, Ad XXX. Ictorum fragmenta 1. p. 101. — *Glück*, Com. III. §. 269. *Savigny*, IV. §. 192. — *de Gröning*, Quaestiones et contraversiae de die intercalari, Gött. 1848.

Le regole stabilite per la computazione del tempo suppongono un anno ordinario, ossia l'anno composto secondo il calendario di Giulio Cesare di 365 giorni. Secondo questa misura però nella successione del tempo trovasi ogni 4 anni un giorno di più, che viene aggiunto al mese di febbraio, il quale si prolunga di un giorno. Questa modificazione nel corso del tempo conduce ad una variazione nelle relazioni giuridiche; quando cioè un periodo di tempo avesse principio, o termine negli ultimi giorni di febbraio di un anno bisestile. I Romani mettevano il giorno intercalare non all'ultimo del mese di febbraio come oggi, ma tra il giorno 23 (*terminalia*) ed il giorno 24 (*regifugium*) (1): ed entrambi, il giorno 24 e l' intercalare, erano ritenuti come un solo giorno; stantechè questo si considerava come parte integrante del giorno VI, onde la massima *biduum pro uno die habetur* (a). A questa regola del diritto romano sta per fondamento una base naturalissima, poichè se una relazione giuridica cominciava nel *regifugium*, dovea terminare nello stesso *regifugium*, il quale nell' anno bisestile era a' 25 e non ai 24 di febbraio.

(s) L. 6. de calumn. (3. 6.). ved. not. *i. m.*

(t) L. 8. C. de dolo (2. 21.).

(u) *Savigny*, IV. §. 190 191.

Per questo principio si hanno alcune evidenti alterazioni nel computo dei termini: così p. e. nei 30 anni della prescrizione, poichè in questo periodo succedono sette od otto anni bisestili, non sono trenta volte 365 giorni, ma sette ovvero otto giorni di più; e a rigore l' attore avrebbe il vantaggio, di poter essere negligente per parecchi giorni di più senza nulla perdere del suo diritto. Ancora, valendo questo principio tanto se un fatto giuridico incomincia in un anno bisestile e termina in un anno ordinario, quanto se per contrario, noi possiamo farne le seguenti applicazioni.

1) Quando una persona è nata nel 26 febbraio a mezzogiorno, e l' anno di sua maggiore età è bisestile, egli compirà il suo 25° anno nel giorno 27 di febbraio a mezzogiorno, di guisachè egli potrà farsi restituire in intiero in qualità di minore, per affari conchiusi prima di mezzo giorno. Al contrario se fosse nato nel giorno 26 di un anno bisestile, il compimento della sua età maggiore ricade nell' anno ordinario ai 25 di febbraio alla medesima ora in cui è nato. Due persone finalmente delle quali l' una sia nata ai 24, l'altra ai 25 del febbraio di un anno bisestile, giuridicamente sono nate nel medesimo giorno; *nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit* (b).

2) Quando un individuo ha cominciato ad usucapire il giorno 27 febbraio di un anno bisestile, egli terminerà l' usucapione immediatamente dopo la mezzanotte del giorno 24 al 25 di un anno ordinario; al contrario cominciata la prescrizione ai 27 febbraio di un anno ordinario, il termine che cade in un anno bisestile, sarà compiuto al principio del giorno 27.

3) Finalmente se l'ultimo anno di una prescrizione, cominciata a' 25 di febbraio, è bisestile, l'interruzione ne è possibile per tutto il 25 del medesimo; all' incontro quando si acquista un diritto all' azione ai 25 feb-

---

(a) L. 98. de V. S. *Cels.* Quum bisextum kalendis est, nihil refert, utrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum kalendas eius natalis dies est, nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus, quum bisextum kalendis est, priorem diem natalem habet. §. 1. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque eius dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis februarii attribuit Quintus Mucius. §. 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo. — L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.). *Ulp.* Proinde et si bisexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies kalendarum intercalatur.

(b) Ved. not. prec.

braio di un anno bisestile, un tale diritto termina per prescrizione appena è compiuto il giorno 23.

ANNOTAZIONI

(1) Affinchè si potesse veder chiaro il principio e le applicazioni fatte qui sopra, è mestieri conoscere più da vicino il calendario romano, e specialmente il modo come ordinavano l' anno bisestile.

Prescindendo dal calendario di Romolo di 304 giorni divisi in dieci mesi e del quale non trovasi più vestigio nei libri giustinianei; due calendarii possiamo considerare trai Romani, il così detto calendario di Numa, che fu in vigore fino ai tempi di Cesare; e quello di quest' ultimo chiamato comunemente calendario Giuliano.

Il primo divideva l' anno in dodici mesi i quali contenevano 355 giorni, sicchè ogni due anni si trovava un mese di più, che i primi Romani appellavano *Mercedonius*, il quale aveva ora 22, ora 23 giorni. L' intercalazione era fatta tra il nostro 23 febbraio in cui si celebrava la festa de' *termini* (*terminalia*), ed il 24 del medesimo nel quale veniva celebrata la festa del regifugio (*regifugium*).

Per questo si tagliavano cinque giorni da febbraio, il quale nell' anno intercalare aveva 13 giorni, ed eran messi come supplemento al *Mercedonio*, il quale perciò aveva ora 27 ora 28 giorni. Da questa combinazione l' anno in media avrebbe avuto la durata di 366 $^{1}/_{4}$ giorni: ma questa essendo eccessiva per regola di astronomia, ogni 24 anni si toglievano in una volta 24 giorni dell' anno corrente, per cui l' anno in media ebbe 355 giorni e un quarto (c).

Di questo mese è fatto menzione nelle Pandette (d) con la notizia che tutti i giorni del mese Mercedonio valevano per un solo momento, e precisamente come complemento del giorno 23 febbraio. È questione se il §. 2. *Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo* parli dell' antico mese Mercedonio, oppure del mese intercalare dal calendario giuliano, ossia del mese di febbraio; il *Savigny* e l' *Iseler* (e) affermano il secondo supposto; il *Wangerow* tiene opinione che forse Celso parlava dell' antico mese Mercedonio, ma che i compilatori delle Pandette, i quali poco interesse avevano di questa antica notizia, cambiarono il numero XXII. *vel* XIII. in XXVIII. per significare il mese intercalare del calendario giuliano il quale avea ancora 28 giorni.

Egli è quasi fuori dubbio che il mese Mercedonio avesse 27 o 28 giorni computandosi i cinque giorni tolti a febbraio, sia perchè Macrobio è abbastanza chiaro su questo proposito (f), sia perchè parrebbe incredibile che i Romani, interrompendo il mese di febbraio al 23° giorno, avessero poi un altro mese, dopo di cui seguitar doveva il mese prima interrotto; è più naturale che facessero terminare il mese ai 23, e seguire un altro fino alla fine. Al contrario non pare niente inverisimile una interpolazione giustinianea a questo riguardo, ma non nel senso di *Wangerow;* ma piuttosto che Celso volle infatti parlare del mese Mercedonio, e non è difficile che si esprimesse in questa guisa « *mensis autem constabat intercalaris ex*

(c) *Savigny*, pag. 321. §. 279.

(d) Ved. not. (a) §. 1.

(e) Cronologia, II. p. 58.

(f) *Macrobio*, Saturnal. I. c. 13. 14.

diebus XXVII vel XXVIII, i compilatori, che poco interesse avevano in questo mese, che più non esisteva, l'hanno espresso in questa guisa: *mensis autem intercalaris constat ex diebus XXVIII* sopprimendo il num. XXVII e cambiando il tempo del verbo in presente, volendo significare il mese intercalare del calendario vigente, ossia il mese di febbraio; questo si può rilevare ancora dal modo come è redatta la legge; poichè nel §. 1. Celso si rapporta ad un' opinione di Catone, Q. Mucio ed i compilatori hanno lasciate illese queste parole per una notizia storica *Cato putat*, mentre nel §. 2. parla o la fanno parlare i compilatori nella maniera assoluta, per il che bisogna intendere questo §. nel senso del calendario allora vigente. Nei manoscritti vulgati in questo luogo trovasi il numero XXIX, ma questo è dipeso certamente da una malintesa correzione del numero XXVIII. (g).

Giulio Cesare nel 708 incominciò la riforma del calendario che fu publicato un anno prima della sua morte nell' anno 709. Questo nuovo calendario mise per base che l' anno astronomico componevasi di 365 giorni e 6 ore; si determinò l' anno in 365 giorni, ed ogni quattro anni cadeva un giorno, il quale, come l'antico mese Mercedonio, fu intercalato tra il *terminalia* ed il *regifugium*; e come nell'antico mese, il nuovo giorno valeva per un sol momento, facendo però parte integrante del giorno 24. Per la qual cosa nel calendario non ebbe numero e fu determinato col medesimo numero VI. come il giorno 24, di modo che, quando veniva un simile anno, si avevano due giorni VI. *bis sextus*, onde il nome bisestile.

Nell' anno bisestile adunque i Romani contavano gli ultimi giorni di febbraio in questa guisa.

23 feb. . .	dies VII. Kal. Mart.	(Terminalia)	bis sextus
24 feb. . .	dies VI. « «	(intercalaris)	
25 feb. . .	dies VI. « «	(regifugium)	
26 feb. . .	dies V. « «		
27 feb. . .	dies IV. «		
28 feb. . .	dies III. «		
29 feb. . .	pridie kal. Martii.		

Ora secondo la nostra maniera di contare, il giorno intercalare sarebbe il giorno 24, e non il 25 come pensa qualche giurista, il quale non pone mente che se Celso ed Ulpiano dicono *sed posterior dies intercalatur non prior*, essi contano i giorni al rovescio al modo dei Romani.

(2) Il principio generale, che l'intercalare non conta come giorno, soffre alcune eccezioni dettate da una legge di Marcello, sulla quale evvi controversia. La legge contiene cinque casi: 1) *In tempore constituto iudicatis*, 2) *item de tempore quo lis perit*, 3) *si de usucapione sit quaestio*, 4) *aut de actionibus quae certo tempore finiuntur*, 5) *si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori. Mihi contra videtur.* I primi due casi sono messi in questione, ma dalle parole che seguono sembra che Marcello avesse voluto decidere solamente il primo di esso, ma quelle stesse parole debbonsi rapportare anche al secondo; quindi seguono due altri casi senza che dalle parole si rilevi una decisione, ma con la congiuntiva sono fatti dipendere dalla prima decisione; da ultimo è portato un altro caso, e particolarmente un caso della legge commissoria, il quale è legato in un modo dubbio con i precedenti « *si*

(g) Ved. Glossa, ad §. 2.

quis etc., finalmente chiude il passo *mihi contra videtur*, il che messo assolutamente sembra una contraddizione alla prima opinione, che generalmente si è posta in quistione, ed è stata creduta decisiva per un solo caso.

Per la qualcosa alcuni hanno creduto sembrare impossibile che lo stesso scrittore, che prima si è espresso con le parole *sine dubio*, potesse poi contraddirsi così recisamente, e perciò credono che la conchiusione «*mihi contra videtur*» fosse una nota di Ulpiano allo scritto di Marcello (h). Se sia o no una nota di Ulpiano, è difficile provarlo, noi siamo chiamati ad interpretare questo testo che dal legislatore ci viene dato per intero. I più hanno creduto che Marcello nei primi quattro casi esponga la regola generale, nel quinto la eccezione, e per armonizzare questa opinione con le parole del testo hanno portato già fin da'Glossatori una leggiera emendazione del testo, mettendo *et si quis fundum* come interrogazione, e così il *mihi contra videtur* sarebbe la risposta; una tale opinione guadagna in probabilità, quando in luogo di leggere *et* si leggesse *sed set* (i); per mezzo di questa emendazione si mette certamente in rilievo il contrapposto dei primi quattro casi con quest'ultimo. Con tutto questo rimane sempre la questione in quali casi dev' essere applicata la regola generale, in quali altri la eccezione? Secondo la legge di Marcello a quattro casi: cioè nei 30 giorni di delazione data al debitore condannato secondo la legge delle XII. Tav.; quando il giudice deve pronunciare la sentenza in un periodo di tempo, qualora non si volesse far perdere il processo secondo la legge Giulia (k); quindi per la usucapione, ovvero per le azioni che si prescrivono in un certo tempo (breve), come le azioni nascenti dall' editto edilizio; per il caso della legge commissoria poi aggiunto ad un contratto di compra determinato per 30 giorni, non vale la regola generale, ed il giorno intercalare viene contato come giorno; per conseguenza non prolunga il tempo come nei quattro casi precedenti.

Da quello che siam venuti esponendo, si rileva che, affinchè fosse determinato un carattere generale di questa teoria, si possono fare due riflessioni. Innanzi tutto si può stabilire questa regola, che quando si fa parola di mesi e di anni allora il giorno intercalare non può essere considerato come giorno a sè, ma è ritenuto come lo stesso giorno seguente; mentre quando il tempo è stabilito a giorni, come il quinto caso di Marcello, allora il giorno intercalare, essendo di fatto un giorno, dev' essere computato (l). Questa è la opinione de'Glossatori e di tutti gli antichi giuristi. Questa opinione è stata contrastata a ragione negli ultimi tempi specialmente da *Savigny* e *Gröning* (m) per le seguenti ragioni. Se il giorno intercalare per regola generale non è per se stesso un giorno, non dev' essere computato nè quando un periodo richiesto è espresso ad anni o mesi, nè quando a giorni, oltrechè in uno dei quattro casi di Marcello specialmente il primo il periodo di tempo dato al debitore

(h) *Merillius*, obss. VII. 18. — *Schulting*, Iurispr. anteiust. p. 553.

(i) *Binkershoeck*, obss. IV. 8.

(k) *Gai.* Inst. IV. §. 104. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae milliarium, inter omnes cives romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant; et hoc est quod vulgo dicitur, civium romanorum a lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.

(l) Ved. Glossa *videtur* ad leg. citat; — *Alciat.* in L. 98 ad V. S. — *Lauterbach*, XXIV. 3. §. 4. — *Voet*, l. XLIV. 3. §. 2. — *Binkershoeck*, obss. IV.

(m) *Savigny*, l. c. p. — *Gröning*, l. c. 32. sqq.

condannato è espresso perfettamente a giorni (30 giorni), e pur ciononondimeno il giorno intercalare prolunga la dilazione medesima.

È impossibile che a questo riguardo si potesse accettare la sfuggita di *Binkershoeck*, cioè che i 30 giorni delle XII. Tavole collettivamente si potevano prendere per un mese; imperocchè lo stesso sarebbe per il caso della legge commissoria. La opinione più fondata secondo quei due giuristi è che debbasi fare la distinzione, se un periodo di tempo è determinato per legge, ovvero per contratto. Nel primo caso la regola nel giorno intercalare, essendo data dalla legge, conseguentemente qualora la legge determina un periodo di tempo, e questo incomincia o termina nel mese intercalare, non deve essere computato il giorno: di questo carattere sono tutti i quattro casi di Marcello. Tutt' altro è poi quando il tempo è determinato dal contratto; giacchè questo caso è dipendente tutto dalla intenzione delle parti e non da una legge: così se gl' interessati hanno messo un termine di 30 giorni, è presumibile ch' essi intendevano 30 volte 24 ore, nè vi è motivo a ritenere assolutamente che pensassero al giorno intercalare: se al contrario avevano stabilito un anno è naturale ch'essi pensavano al medesimo giorno delle calende dell'anno vegnente, sicchè in questo caso di fatto l'anno viene prolungato di un giorno, lo stesso si dica se contrattavano a mesi pensando al ritorno del giorno delle calende.

Questa opinione è anche, insieme con l' altra espressa nella Glossa, ritenuta da qualche scrittore antico (n).

§. 73.

4) Del tempo immemorabile.

Thibaut, §. 74. — *Savigny*, IV. §. 195.

Quando alcuno ha esercitato un diritto per tanto tempo che sorpassi l'umana memoria, si presume che egli sia per legge speciale, sia per qualunque altro modo, abbia acquistato legittimamente quel diritto. Le leggi romane applicano questa regola specialmente quando si tratta di opere durature, che di gran lunga sopravvivono agli uomini ed ai secoli; e questo tempo è chiamato *vetustas*.

Affinchè la presunzione sia legale conviene che:

1) Il fatto sia di tal natura che riesca impossibile provarne il cominciamento, e deve esistere da lungo tempo nella medesima guisa (a).

2) Questo fatto deve essere provato, al che può servire la testimonianza di coloro, de' quali la memoria si estende almeno per quarant'an-

---

(n) *Cuiac.* de div. temp. praes. c. 3.

(a) L. 2. §. 8. de aqua et aquae pluv. (39. 3.). *Paul.* Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse est, superesse, qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. — L. 28, de prob. 22. 3.). — L. 7. C. de fund. rei priv. (11. 65.). — L. 14. C. de fund. patrim. (11. 61.).

ni, oltrechè si richiede che tra le persone viventi nessuno si ricordi di uno stato contrario.

3) La efficacia di questa pruova può essere ancora di nessun momento, qualora venisse provato che in un tempo anteriore allo stato attuale, il principio di questo diritto è stato illegale.

La vetustà trova applicazione per le strade, per le opere che tutelano la proprietà dall' acqua corrente, e per gli aquedotti.

1) In quanto alle vie v' era la massima generale che quando una via era costruita sopra terreni privati, era di privata appartenenza, e poteva essere impedito il passaggio agli altri viandanti; ma quando da tempo immemorabile questi ultimi passavano, non si poteva più impedirli, ed allora la strada diveniva publica e di uso comune.

2) In quanto alle opere per tutelare la proprietà dell' acqua piovana eravi un'antichissima legge, la quale proibiva al proprietario di un fondo di fare arbitrariamente nella sua proprietà tali opere, come piantagioni, argini ed altro, per cui l' acqua piovana allagasse il fondo del vicino (b); ma quando una simile opera era stata da tanto tempo, che nessuno degli esistenti si ricordava uno stato contrario, la vetustà era tenuta per legge, ed era supposta legale la fondazione di quella opera attualmente esistente (c).

3) Circa all'aquedotto evvi controversia, essendochè la servitù acquistandosi anche per prescrizione pare inutile la prova del tempo immemorabile; secondo il *Savigny*, devesi intendere l'aquedotto publico, del quale, non essendovi proprietario, non è possibile la prescrizione; ed una concessione su tale aquedotto, di cui forse si è sperduto il titolo, non può essere giustificata, se non per mezzo del tempo immemorabile (d).

§. 74.

3) Della efficacia del tempo sulle relazioni giuridiche in generale.

Il tempo può variamente operare sulle giuridiche relazioni, di modo che nei più importanti istituti giuridici il tempo si rappresenta come parte integrante o come condizione necessaria del fatto che produce la perdita o l'acquisto di un diritto (a), e specialmente la influenza si manifesta nelle seguenti forme.

(b) L. 1. §. 1. 13. L. 11 de aqua et aquae pluviae (39. 3.).

(c) L. pr. 2. §. 8. de aqua et aq. pl. (39. 3.). — Ved. not. a.

(d) *Savigny*, l. c. §. 197.

(a) L. 7. 31. de re iud. (42. 1.). — L. 2. 3. C. de us. rei iud. (7. 51.). — L. 13. C. de usuris (4. 32.). — L. 3. C. de err. adv. (2. 10.).

1) L' esistenza di un diritto può dipendere solamente da ciò, che un' azione ovvero un' omissione dura seguitamente per un determinato spazio di tempo; onde viene:

a) L'antichissima istituzione della usucapione, per la quale s'acquista la proprietà in forza del continuato possesso per un tempo determinato, e per analogia di essa il *non usus* o la *longa quasi possessio* delle servitù.

b) La prescrizione dell' azione ossia la perdita del diritto di agire per una continuata negligenza dell'attore; e molti casi nei quali l'interessato perde tale facoltà per una inazione non interrotta per un dato tempo; come ad esempio la perdita del diritto della restituzione per negligenza di quattro anni; i termini per un giudizio determinato dalle leggi; il termine fissato per l' agnizione della *bonorum possessio*; la prescrizione per l' *exceptio non numeratae pecuniae*; i cinquanta giorni per la scusa di chi non vuole accettare la tutela (b); il perentorio per l' inventario (c), ecc.

2) L' acquisto o la perdita del diritto può dipendere dalla continuazione nel tempo di uno stato indipendente dall' umano arbitrio, e qui il tempo opera da sè; di questa natura sono quegli acquisti e quelle perdite che dipendono dalle gradazioni dell' età.

3) Gli effetti di un negozio civile possono aver cominciamento, o termine in un tempo stabilito ad arbitrio de' privati (§. 53.).

§. 75.

III. Della contrapposizione de' diritti.

Quando più diritti s' incontrano nello stesso subbietto o sullo stesso obbietto in modo che tutti si possono far valere, nasce una semplice concorrenza; ma se differenti diritti concorrono in modo che l' esercizio di uno osta ed impedisce l' esercizio dell' altro, v' è allora la contrapposizione de' diritti, intorno a cui è d' uopo notare le seguenti regole:

1) Un diritto speciale è preferito ad un altro meno speciale, e per conseguenza sarà preferito il diritto singolare al diritto comune; al diritto singolare il privilegio, ed a questo il privilegio più speciale: *et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* (a).

(b) §. 16. Inst. de excus. (1. 25.). — Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cuiuscunque generis sint, id est qualitercunque dati fuerint tutores , si in centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

(c) L. 22. §. 2. 3. C. de iur. delib. 6. 30.).

(a) L. 80. de R. I. (50. 17.). *Papin.* In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

2) Quando i diritti che si contrappongono hanno medesima natura, è preferito il diritto più antico al più recente, così il privilegio anteriore è preferito al posteriore; o pure il pegno più antico al più recente, qualora per questo la legge non determinasse in qualche caso speciale la preferenza.

Se le leggi nulla dispongono, secondo il *Thibaut* (b), bisogna distinguere la diretta dalla indiretta opposizione, cioè quando i diritti opposti sono uno contro all'altro: p. e. se un minorenne volesse far valere la restituzione contro un altro minorenne; e quando due o più diritti s' incontrano sul medesimo oggetto. Nel primo caso bisogna fare una triplice distinzione:

a) Quando alcuno tratta di evitare un danno positivo, e l' altro un guadagno, sarà preferito il primo.

b) Quando non decide questa regola, allora decide il possesso (c).

c) Quando non può applicarsi questa regola, i diritti si neutralizzano (d).

È d' avvertire però che la prima regola viene contrastata, non essendo riconosciuta una collisione, in quanto che sulla base delle leggi sui minori non vi ha lesione del mutuante, restando arricchito dal mutuo (e).

Se poi si tratta di più diritti diretti al medesimo obbietto p. e. nel concorso dei creditori contro il patrimonio sufficiente del debitore; è preferito quegli che ha il possesso della cosa, ma dato che possesso non vi fosse, allora se la cosa è divisibile si divide, se indivisibile si neutralizzano i diritti, ovvero decide la sorte, quando uno dei diritti dev'essere assolutamente esercitato (f).

3) Quando più diritti concorrono in opposizione nel medesimo subbietto, dipende dall' arbitrio dell' interessato di far valere quello che più gli conviene. Quando insieme concorrono un diritto limitato ed un altro

---

(b) ***Thibaut***, Saggi, II. 14.

(c) L. 11. §. 6. — L. 34. pr. de minorib. (4. 4). ***Paul.*** Si minor viginti quinqueannis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior est causa consumantis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is, qui accessit. — L. 128. pr. de R. J. (50. 17.).

(d) L. 36. de dolo malo (4. 3.). Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. — L. 17. de per. et com. rei vend. (18. 6.). — L. 39. solut. mat. (24. 3.).

(e) L. 11. §. 6. L. 34. de minor. (4. 4.). — Ved. not. (c).

(f) L. 6. §. 7. — L. 24. quae in fraud. cred. (42. 8.). — L. 128. de R. I. — L. 15. C. de rei vind. (3. 32.). — L. 33. de leg. (30.). — L. 42. 43. de her. inst. (28. 5.). — §. 23. Iust. de leg. (2. 20.). — L. 13. 14. de ind. (5. 1.). ***Ulp.*** . . . . sed quum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet. — L. 5. fam. ercisc. (10. 2.). — L. 38. pr. §. 1. de re ind. (42. 1.). — L. 8. de pactis (2. 14.).

illimitato, il primo cessa *ipso iure:* questo è il caso della confusione, p. e. se un individuo acquista un fondo sul quale aveva una servitù, questa si estingue immediatamente.

APPENDICE V.

Legge Cincia sulle donazioni (§. 65. pag.).

Savigny, **Ragionamenti storici, IV. V. VI.**

La legge Cincia del Tribuno M. Cincio Alimento, nel 550 di Roma, versava sulla forma e sul quanto della donazione. In quanto alla forma questa legge statuì che non vi poteva essere donazione senza immediata trasmissione di proprietà o di possesso (a), che doveasi fare naturalmente secondo la qualità delle cose donate: così per i terreni mancipii richiedevasi la mancipazione e la tradizione, la sola tradizione pei provinciali; parimente per le cose mobili chiedevasi, secondo che erano *res mancipi* o no, la tradizione e la mancipazione, o solamente la prima; a questa disposizione si aggiungeva un' altra, che il donatario per proteggere il suo possesso con l' *interdictum utrubi* bisognava che possedesse la maggior parte dell' anno, ovvero, se mancava l' emancipazione, si poteva provvedere con l' usucapione.

Eranvi però persone le quali potevano donare e ricevere una donazione liberamente, senzachè fossero necessarie le sopraddette regole; queste erano *personae exceptae legis Cinciae*, ed erano i congiunti fino al quinto grado, del sesto solamente il *subrinus*, *privigna*, *noverca*, *vitricus*, *socer*, *socrus*, *gener*, *nurus*, *vir et uxor*, *sponsus et sponsa;* il liberto per le donazioni al patrono, il tutore per le donazioni al pupillo.

La donazione non sottoposta alle determinazioni della legge Cincia, non poteva esser considerata come valida in questo senso, che al donante era data una *exceptio legis Cinciae* contro l'azione del donatario fondata sopra una donazione simile; oppure poteva esser data una *replicatio* in caso che il proprietario volesse rivendicare le cose donate, ed il donatario volesse far valere l'*exceptio donationis;* in fine il donante aveva la *condictio* per tutto ciò ch' era passato nella proprietà del donatario *contra legem.*

Ben si vede che la legge Cincia era legge imperfetta, ossia non produceva *ipso iure* la nullità dell' atto, nè prescriveva una pena, ma dipendeva esclusivamente dalla volontà del proprietario se la donazione dovesse o no valere; cosicchè quando la sua volontà persisteva a non voler rivocare la donazione, o col non intentare le azioni contro il donatario, o non servendosi delle eccezioni contro le azioni di lui, la legge in discorso non poteva essere applicata, e quindi, morto il donante, la donazione fatta *contra legem* rimaneva per sempre convalidata (b), salvo se prima di morire non avesse fatto intendere di avere cambiata intenzione su ciò; poichè in questo caso anche gli eredi potevano giovarsi efficacemente dei medesimi mezzi per oppugnare la donazione.

(a) **Fragm. Vat. 310-313 — eod. framm. 313. 293. 311.**

In rapporto alla quantità era stabilito che non si potessa donare oltre a 500 solidi; essendovi le medesime conseguenze per qualunque donazione maggiore della somma assegnata (c).

CAPITOLO VI.

MEZZI PER TUTELARE I PROPRII DIRITTI

§. 76.

Dei mezzi in generale.

In vario modo è concesso di tutelare i proprii diritti; ma è sempre vietato di farsi giustizia da sè stesso, chè il patrocinio de' diritti debb'essere legittimo e legale. Il mezzo può consistere nell' assicurare il diritto della persona contro una violazione arbitraria di un'altra azione; così ancora il mezzo giuridico può essere di tal natura che si oppone all' azione dell' attore, la quale col mezzo legale porta una violazione nel diritto del reo convenuto; il diritto può dipendere dai mezzi processuali, finalmente può essere straordinariamente dato, come la restituzione per intiero.

SEZIONE I.

DEI MEZZI PRIVATI.

§. 77.

Dei mezzi privati e delle pene private.

Nel libero esercizio de' proprii diritti consiste la libertà individuale e l' armonia dello Stato, sicchè non sì tosto il campo dell' attività individuale è violato, si viola la libertà dell' uomo, e rimane infranta l'armonia dello Stato; spetta a questa grande personalità sotto il cui patrocinio il diritto si svolge e si applica, ristabilire l'ordine ed assicurare ad ognuno la cerchia delle sue proprie azioni, dando il mezzo per difendere i proprii diritti. L'uso della propria forza, dell' autorità privata per proteggere la propria libertà nell' esercizio dei diritti è illegale, perocchè l' impiegare l' autorità o la forza privata per proteggere i proprii diritti è attribuire a sè stesso i diritti dello Stato e mettere il proprio arbitrio in luogo della legge, e per conseguenza non è meno una violazione dello Stato. Questo concetto non può non avere piena applicazione in uno Stato ben ordinato, e solamente in alcune rare circostanze, quando l' imminente pericolo della propria persona rende vana ed inefficace l' azione della publica autorità, è concesso all' individuo di respingere con la propria forza la violenza (*moderamen inculpatae tutelae*).

(b) *Fragm.* Vat. 226. 306. 310.

(c) *Puchta*, Corso delle Istil. II. pag. 38.

Nè diverso è il principio del diritto romano, e quantunque nel più antico tempo le forme simboliche con le quali era avviluppato il processo, ci danno campo a pensare, non essere l'uso della propria forza ed autorità sempre vietato in un tempo in cui lo Stato non era ancora perfetto; pure il diritto, qual si presenta nel suo svolgimento e nella sua perfezione, consacra nella maniera più solenne il principio accennato, e l'uso illegale della propria autorità porta pregiudizievoli conseguenze a colui che la esercita: senza aver riguardo se una simile azione fosse fatta per proteggere un diritto, non di rado vediamo nel romano diritto applicate le publiche pene , come quelle della legge Giulia *de vi publica vel privata.*

Quello che più ci riguarda in questo luogo sono le pene private per colui che mette la sua autorità in luogo della legge, le quali son sancite da un *Decretum D. Marci*, quantunque più tardi fossero state estese generalmente a tutti i casi da altri imperatori.

Il *decretum D. Marci* prescrive adunque, che colui il quale, avendo un diritto di obbligazione, si soddisfa da sè stesso senza ricorrere alla publica autorità, indifferentemente se con la forza o col semplice impossessarsi degli oggetti del debitore, perde totalmente quel diritto. Questo decreto concerne non solo quelle obbligazioni che son dirette ad una determinata specie, ma ancora quelle che riguardano una quantità a un genere (a). Lo stesso succede, se il creditore costrinse il debitore a rilasciargli alcuna cosa, o allo stesso scopo s' impossessa delle cose di un terzo, o dei figli del debitore (b).

(a) 1) L. 7. ad L. Iul. de vi privata (48. 7.). *Callistr.* Creditores, si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod debere sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es; et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiae,*

A questo decreto si rannoda la costituzione di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, con cui si determina che colui che strappa il proprio oggetto dalle mani del possessore, perde il diritto di proprietà; ancora colui il quale s' impossessa a viva forza d' una cosa altrui (*qui alienarum rerum possessionem invaserit*) deve non solo restituire l'oggetto, ma è condannato anche al prezzo del medesimo. Questa legge differisce dal preallegato decreto in due punti essenziali: in questo si tratta del diritto di obbligazione ed in quella del diritto di proprietà; il decreto è applicato anche quando non s' adopera la forza, mentre la legge suppone necessariamente la violenza (c).

§. 78.

II. Diritto di ritenzione.

G. L. *Bömer*, De inre retentionis eiusquo effectn, Goett. 1774.— *Puchta*, Pandette §. 94. n. 6.

Alle regole esposte nel precedente paragrafo v' è eccezione, quando in alcune circostanze la legge permette l' uso della privata autorità per garentire un proprio diritto. Questa è la facoltà data al creditore di ritenere un oggetto del suo debitore, finchè non sia soddisfatta la obbligazione (a).

Affinchè questo diritto potesse esercitarsi conviene:

1) Che l'oggetto sia nel vero possesso del creditore *nec vi, nec clam, nec precario*; e però:

2) Che l' oggetto sia idoneo al possesso.

---

nec dignitati tuae convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit. — Conf. L. 13. quod met. caus. (4. 2.). — L. 12. §. 2. L. 13. quod. met. cansa (4. 2.).

(b) N. 52. c. 1. — N. 134. c. 7.

(c) L. 7. C. unde vi (8. 4.): *Valent. Theo*. ct *Arcad*. Si qnis in tantam furoris pervenerit andaciam, nt possessionem rerum apud fiscum vei apud homines qnoslibet costitntarnm ante eventnm iudiciaiis arbitrii violenter invaserit , dominns qnidem constitntus possessionem , quam ebstuiit, restitnat possessori ct domininm eiusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earnndem rerum restitnere compeiiatnr. — §. 1. Inst. vi bon. rapt. (4.2.). — §. 6. Inst. de interd. (4. 15.).

(a) L. 23. §. 4. — L. 48. de R. V. (6. 1.). — L. 1 pr. de pign. (20. 1.). — L. 14. §. 1. comm. div. (10. 3.).

3) Che vi sia un' obbligazione legalmente costituita e perfetta (b), onde non si potrà mai avere diritto di ritenzione per obbligazioni fatte sotto condizione. Ma il termine e specialmente il *dies certus* non fa ostacolo a questo diritto.

4) Conviene da ultimo che l'obbligazione abbia connessione con l'oggetto da ritenersi, il che può avvenire così:

a) Il mercatante potrà non consegnare le merci vendute, finchè il compratore non ne paghi il prezzo, o non adempia gli obblighi contratti (*exceptio non dum impleti contractus*) (c).

b) Nei contratti bilaterali ineguali quegli che ha l' azione contraria, come il mandatario, potrà ritenere l' oggetto in vece d'intentare l'azione.

c) L'erede potrà ritenere l'obbietto del legato finchè il legatario non presti cauzione secondo la legge Falcidia. Similmente il proprietario, che ha costituito un usufrutto, può ritenerne l'oggetto, finchè l'usufruttuario non presti cauzione.

d) È legittimo il diritto di ritenzione anche quando la obbligazione nasce dalla cosa stessa che si vuol ritenere; così quando un oggetto in qualunque modo ha prodotto un danno nella cosa altrui, il proprietario danneggiato potrà ritenerlo, finchè non venga risarcito del danno.

e) Finalmente quando si è speso per la cosa stessa, (*impensae*, per le quali vedi §. 37.

Quanto agli effetti, questo diritto non dà altra facoltà al ritenente che la semplice e sola ritenzione; nè può essa generare un possesso civile. Non può, chi ritiene, usare dell' obbietto ritenuto; e se egli ne prendesse disposizione o l' alienasse, si applicherebbero contro lui le prescrizioni del decreto *D. Marci*. Da ultimo, dato che il diritto di ritenzione è in favore del ritenente, questi sarà risponsabile di ogni colpa.

Il mezzo con cui il ritenente può far valere il suo diritto è *l'exceptio doli*.

(b) L. 25. de pign. (20. 1.). — *Modest.* Quum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. — V. *Linde*, Giornale di Giessen 1. N. 21.

(c) *Benfey*, Museo del Reno VIII. N. 1. — *Sartorius*, Giornale di Giessen. XX. 1. — L. 5. §. 4. de doli met. exc. (44. 4.). — L. 13. §. 8. de act. emt. vend. (19. 1.). — L. 57. pr. de aed. edict. (21. 1.).

SEZIONE II.

DELLE AZIONI.

T. Inst. de actionibus (4. 6.). — T. D. De obligationibus et actionibus (44. 7.).— T. C. De obligationibus et actionibus (4. 10.). — *Donelli*, Comment. ad tit. Inst. de actionibus Anv. 1584 (in opp. tom. VI).—*Bachov*. Tractatus de actionibus, Francof. 1623.—*Böhmen*, Doctrina de actionibus Francof. 1787. — *Savigny*, Sistema v. V. — *Bonjean*, Traitè des actions 2. vol. Paris 1845.

§. 79.

I. Concetto generale.

Il potere di svolgere la propria personalità nell'ordine del diritto sarebbe vano, qualora non si desse all'uomo la facoltà di difenderlo, e farlo valere per vie legali. Ora questa facoltà necessaria ad accertare ed assicurare i diritti appellasi azione, la quale da questo lato è essa stessa un diritto (a). D' altra parte puossi intendere sotto il nome di azione l'attività, la quale in forma esteriore si manifesta, o tende a chieder l' aiuto, affinchè il proprio diritto fosse riconosciuto, e difeso contro la violazione di un determinato avversario. In quest' ultimo significato l' azione è un mezzo per porre in atto la facoltà di difendere il proprio diritto, ed a questo concetto appartengono non solo le azioni propriamente dette, ma ancora le eccezioni, gl'interdetti, ed il mezzo straordinario della restituzione in intiero (b).

Nel senso più ristretto della parola i Romani intendevano sotto il nome *actio* l' azione personale, quella, cioè, che nasce da obbligazione, ed è diretta contro una determinata persona; laddove quelle che potevano esser dirette contro ogni terzo, o vogliam dire le azioni reali ebbero in origine il nome di *vindicationes*, o *petitiones*. Ciò era quando si procedeva nei giudizii ordinarii; chè se la procedura era *extra ordinem*, le azioni non avevano nè il nome di *actiones*, nè di *petitiones*, ma eran dette *persecutiones* (c).

(a) L. 51. de O. et Ac. (44. 7.). *Cels.* Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

(b) L. 37. eod. *Ulp.* Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praeiudicium, sicut ait Pomponius; stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. — L. 1. de except. et praeser. (44. 1).

(c) L. 178. §. 2. de V. S. *Ulp.* *Actionis* verbum et speciale est et generale; nam omnis

Nell' ultima riforma il nome *actio* fu accettato per tutte le forme e specie di azioni. Di qui viene che l' azione è nel medesimo tempo un diritto ed un mezzo, ed affinchè fosse fondato il diritto principale, è mestieri che anzi tutto vi fosse una violazione. L' azione richiede inoltre che vi sieno almeno due persone l' attore (*actor*), ed il reo convenuto (*reus, possessor*); secondamente è d'uopo che si avesse la idoneità di esercitare questo diritto secondo le regole generali della idoneità (§. 42.).

II. Specie di azioni.

§. 80.

1) Delle azioni reali personali e pregiudiziali.

1. Essendo i diritti origine e causa delle azioni, ne viene che queste seguono la divisione di quelli, e come si distinsero i diritti in reali e personali, così le azioni ancora sono o reali o personali. È azione personale (*actio in personam*) quella che nasce da una obbligazione, o da tale relazione giuridica, che determini senz' altro la persona, contro cui dirigersi deve l' azione. Ogni altra azione, che tuteli qualunque diritto che obbligazione non sia, è reale (*actio in rem*); in essa non lo stesso diritto, come nella personale, ma la violazione del diritto determina la persona del reo (a). (1).

2) Questo corrisponde esattamente alla natura e carattere dei diritti; e di vero il diritto reale impone un obbligo universale negativo; e, come ognuno può contrapporsi a questo diritto negandolo, l' azione non è possibile prima che esso non venga violato; per la qual cosa l' azione reale tende a riaffermare il proprio diritto contro qualunque terzo possessore.

All' incontro stando il diritto personale in ciò, che il debitore dia,

---

actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem. — Ved. Appendice VI. in fine del pres. capitolo.

(a) §. 1. Inst. de action. (4. 6.): Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim *in rem* sunt, aut *in personam*. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt.

faccia, o presti qualche cosa al creditore, l' azione sorge fin da quando è nato il diritto, determinata essendo la persona a cui può esser diretta (b).

3) Da ciò risulta che l' azione reale è diretta contro ogni terzo, la personale contro una speciale persona; ma sarebbe lontano dal vero, chi prendesse queste due qualità come caratteri essenziali, talmentechè si potesse per mezzo di esse sempre riconoscere l' azione reale dalla personale; imperocchè vi ha delle azioni personali, le quali sono dirette contro un indeterminato avversario, come il contrario può darsi nelle azioni reali; così a mo' d' esempio l'*actio ad exhibendum*, diretta contro qualunque trovasi casualmente in condizione di esibire la cosa, vien qualificata quale azione *in personam* (c). Similmente l'*actio de aqua* et *aquae pluviae* personale, è diretta contro il possessore con qualche limitazione (d); lo stesso si dica delle azioni *nossali* che sono azioni *ex maleficio servorum*; poichè anch' esse son dirette contro qualunque terzo, ed ancora l' azione ed i danni apportati dagli animali, ecc. (e).

Dall' altro canto vi sono azioni reali che son dirette contro determinate persone; fra cui innanzi tutto è da ricordare la *hereditatis petitio*, la quale non è diretta contro qualunque possessore come la *rei vindicatio*, ma contro chi possiede *pro herede*, o *pro possessore* (f).

Ciò vuol dire che l' essere un' azione diretta contro qualunque terzo possessore, o contro una determinata persona non è esatta caratteristica per distinguere le azioni: ma conviene esaminare se essa nasce da obbligazione, o da diritto reale.

Oltre a queste differenze essenziali possiamo considerarne altre due di grande importanza. Circa l' origine dell' azione, la personale nasce appena è fatta la obbligazione, non così l'azione reale, che nasce solo quando è possibile un convenuto, ossia qualora un terzo si mette in contraddizione col nostro diritto di proprietà: in altre parole nell'azione personale non è strettamente necessario che il diritto venisse violato, ma è sufficiente che sia fondata la obbligazione; per contrario l' azione reale non è possibile in niun modo prima che il diritto reale non fosse turbato. L' altra differenza radicale si manifesta nella prescrizione; perocchè estinguendosi l'azione personale per prescrizione, si estingue nel medesimo tempo l' obbligazione; ma se l' azione reale viene a mancare per prescrizione, non si estingue nel medesimo tempo il diritto di proprietà, potendosi ancora contro altri intentare una *rei vindicatio* (g).

(b) L. 25. pr. de O. et Ae. (44. 7.): *Ulp*. Actionem genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.

(c) L. 3. §. 15. ad exhib. (10. 4.).— *Ulp*. Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni.

(d) L. 6. §. 5. de aqua et aquae pluv. (39. 3.).— ved. anc. L. 7. pr. §. 1. quod vi (43. 24.).

(e) §. 5. Inst. de nox.act. (4. 8.). Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quandiu in tua potestate sit, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse, et si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxae deditio. — L. 1. §. 12. si quad (9. 1.). — Ved. anc. L. 1. §. 13. quod leg. (43. 3.). — L. 7. pr. de publ. (39. 4.).

(f) L. 9. de hered. pet.(5. 3.). *Paul*. Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede, vel pro possessore possidet, reliq.

Oltre all' azione *in personam* ed *in rem* in un sol caso i fonti rammentano un' *actio in rem scripta*, la quale è da considerarsi come vera azione personale; è erroneo il dire che questa azione appartenga alla categoria delle personali ed unitamente delle reali; imperocchè il motivo di colui il quale *metus causa* possiede una cosa, non è quello di stabilirsi contro il diritto di proprietà dell' attore, poichè dal momento che si conosce la cosa non esser propria, nasce l'obbligo della restituzione. Non importa che essa è intentata contro qualunque possessore, e che non si fonda sopra un contratto o quasi-contratto; imperocchè, prescindendo dalle ragioni addotte, che molte azioni personali possono essere intentate contro qualunque terzo, e qualche azione reale contro una determinata persona, è da considerarsi, che la legge può fondare anche obbligazioni sopra altri motivi (2).

II. Intendesi comunemente per azioni pregiudiziali, quei mezzi che garantiscono lo stato della persona come dicono le stesse Istituzioni, e risalgono allo stato antico del diritto, nel quale ogni relazione nascente dallo stato di famiglia si faceva valere con azione reale; onde le pregiudiziali non fanno categoria a parte, ma vanno comprese fra le azioni reali (h). Ma una grande differenza corre tra le azioni reali e le pregiudiziali, inquantochè per nascere le prime è mestieri che vi sia violazione del diritto, ciò che non è possibile nelle pregiudiziali, le quali sono di forma preparatoria, donde il loro nome; e per conseguenza nell' antico processo formulario mancavano della *condemnatio* (i). Per la qualcosa oggi intendesi per azione pregiudiziale qualunque domanda provvisoria per accertarsi di uno stato; e serve di fondamento ad una quistione giuridica in giudizio ; in questo significato le azioni pregiudiziali non vanno nè sotto la categoria delle azioni personali, nè sotto quella delle reali (j).

(g) L. 8. §. 1. C. de praescr. 30 ann. (7. 39.).

(h) §. 13. Inst. de actionibus (4. 6.): Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.

(i) Ved. Appendice VI. alla fine del capitolo.

(j) *Savigny*, vol. V. §. 207.

ANNOTAZIONI

(1) La divisione delle azioni *in rem* ed *in personam* nascente da quella de'dritti in reali e personali è stata concepita da' giuristi o troppo ampiamente o troppo ristrettamente.

Il *Thibaut* pone la seguente teorica. Quando i Romani dicono che qualche cosa sia *in rem* o *in personam*, il significato dottrinale di questa locuzione è il seguente; tuttociò che ha efficacia assoluta intendevano essi *in rem*; tutto ciò che ha natura limitata come privilegi, eccezioni, patti reali, *in personam*. Questo è ancora il significato della divisione *in actiones personales* ed *in rem*, e per conseguenza fa d'uopo comprendere con questa espressione le azioni di valore assoluto, le quali indipendentemente dallo speciale obbligo del reo convenuto, costringono chiunque si metta contro il diritto dell'attore. Ed è tanto vero che questo e non altro sia il significato delle parole *in rem actiones*, che le azioni pregiudiziali, le quali riguardano lo stato di una persona, e che certamente non hanno per obbietto la cosa, sono messe dai Romani nella categoria delle azioni reali (i).

Questo concetto del diritto e delle azioni reali datoci da *Thibaut* ci pare esagerato: imperocchè le espressioni *in rem* ed *in personam* spesso hanno il significato volgare, e dinotano i diritti e le azioni che si versano o sulla persona o sulla cosa. I testi in vero, senz'attendere all'efficacia assoluta o ristretta del diritto, quando vogliono determinare l'azione reale così si esprimono: *actio qua res postulatur, quae rerum gratia movetur, actio de rebus, actio quae rem sequitur, actio in ipsas res* ecc. (k).

Quanto alle azioni pregiudiziali l'opinione del *Thibaut* ch'è la comune, cioè che le azioni pregiudiziali appartengano alle azioni reali, è oggi fortemente combattuta. E di vero il *Thibaut* con gli altri argomentano esclusivamente dalle Istituzioni le quali dettano: « Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas » quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo (l).

La prima interpretazione a questo passo è di Teofilo, che, essendo stato uno dei compilatori delle Istituzioni, può senza obbiezione esser considerato come competente a giudicare un passo di un codice, che avea egli stesso compilato. Egli ci avverte essere le azioni pregiudiziali domande provvisionali, o provvedimenti temporanei in una questione, e per stabilire le basi del futuro giudizio; tanto più che il significato originario del vocabolo *praeiudicium* si rapporta non all'oggetto dell'azione, ma alla sua forma di procedura, ch'era una formola con la sola *intentio* senza la *condemnatio*, che usavasi ancora per determinare preventivamente lo stato della persona. Quest'interpretazione di Teofilo fu troppo duramente contraddetta, ma la

(i) §. 13. Inst. de act. (4. 6.).—Ved. not. preced.;—confr. L. 40. §. 1. de test. milit. (29. 1.) *Paul.* Idem respondit, ex testamento eius, qui iure militari testatus esset, servum, qui, licet sub conditione, legatum meruit, etiam libertatem posse sibi vindicare.—L. 32. pr. de liber. causa (40. 12.).

(k) L. 3. 7. §. 1. C. de praescript. quat. ann. (7. 39.).—L. 2. C. si unus ex plurib. (8. 32.) — L. 22. §. 4. fam ercisc. (10. 2).

(l) *Thibaut*, de genuina iur. person. et rer. indole, *Kiel* 1796.—Saggi vol. II. dissert. 2.— *Sist.* §. 62. 63.

scoverta delle Istituzioni di Gaio le ha dato piena ragione; in un passo dice questo giurista: « Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formu» lis, qualis est, vel quanta dos sit, et aliae complures »; vedesi quindi che la stessa formola fu adoperata anche in altre domande che non si riferivano allo stato della persona (m).

Per la qualcosa è da conchiudersi contro il *Thibaut* che le azioni pregiudiziali non appartengono nè alle azioni in *rem*, nè alle azioni *in personam*.

Dopo aver esaminato il senso troppo ampio dato dal *Thibaut* alle azioni reali e personali, giova esporre il significato per contra troppo ristretto dato dal *Duroi* (n); il quale opina non essere le azioni *in rem* una specie delle azioni, ma determinate singole azioni; e specialmente quelle che nascono dal diritto di proprietà sopra una *res corporalis;* essere le altre azioni che comunemente si appellano reali, azioni utili, estese ad altri diritti, come ai *iura in re aliena* e alla eredità: non altrimenti dell'*actio publiciana* data a chi non ha dominio; dell'*actio in rem* del superficiario e dell' enfiteuta; dell' *actio in rem hypothecaria*, azione reale sulla proprietà altrui senza diritto di dominio. Onde pel *Duroi* l'azione reale non è propriamente che l'azione nascente dal diritto di proprietà sulla cosa corporale (n).

Basta guardare solamente ai testi per convincersi del contrario: perocchè l'*actio in rem* non ci vien determinata come l'azione nascente dalla proprietà sopra cosa corporale, tanto che per questa si adopera ancora l' espressione più generale di *rei vindicatio*, che invano vorrebbe negare il sopraddetto autore (o).

(2) Oltre alle azioni reali e personali, si ammette comunemente un'altra specie di azioni, le quali partecipano dell'una e dell'altra, e perciò queste nuove azioni sono conosciute col nome di azioni miste.

Han dato origine a questa terza categoria tre azioni d'un carattere speciale, le quali, sebbene nascano da un obbligo e per conseguenza abbiano la natura delle azioni personali, si allontanano nondimeno da queste, perchè con esse si decide una questione di proprietà, e da questo lato partecipano delle azioni reali. Queste azioni sono quelle conosciute ancora sotto il nome di divisorie e precisamente l'*actio familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum.* I giuristi che accettano questa terza categoria si fondano sopra un passo delle Istituzioni, che dice a questo proposito: « Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem, » quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit cohere» dibus de dividenda hereditate, item communi dividundo, quae inter eos redditur, » inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua » inter eos agitur, qui confines agros habeunt. In quibus tribus iudiciis permittitur » iudici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare, et, si unius pars » praegavare videbitur, eum invicem certa pecunia condemnare (p) ». Ma qualo-

---

(m) *Gai*. Inst. IV. §. 44. III. §. 123.

(n) *Duroi*, Archivio civile vol. VI. pag. 252. 386

(o) §. 19. Inst. de obl. quae ex delict. (4. 1.) — L. 7. de R. V. (6. 1.) *Paul*. Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur, sicut Pedius ait. — L. 7. §. 8. de publ. act. (6. 2.). — L. 2. de tigno iuncto (47. 3.); — L. 1. fin. reg. (10. 1.); — L. 1. §. 17. si is, qui test. lib. (47. 4.), — L. 35. §. 4. de contrahen. emt. (18. 1.). — L. 8. C. depos. (4. 34.); — L. 10. C. de rescind. vend. (4. 44.); — L. 3. 4. C. de pact. inter emt. et vend. (4. 54.); — L. 12. C. de furtis (6. 2.) — Ved. *Vangerow*, O. C. 1. §. 113.

(p) §. 20. Inst. de act. (4. 6.).

ra bene si considerano, non si tarderà a ravvisare in esse il carattere di azioni personali.

E di vero queste azioni sono dirette all'obbligo del coerede di dividere la eredità, all'obbligo del condomino di dividere l'obbietto comune, o di regolare i confini; esse non son dirette a rivendicare la parte dell'obbietto, e se una questione di proprietà è risoluta, lo è per conseguenza, ma non certamente per lo scopo dell'azione ch'è sempre per l'obbligo della divisione. Questo concetto è anche materialmente espresso presso de' Romani. Al tempo della procedura formolaria ogni azione avea tre parti distinte: la natura dell'azione si ricavava dalla parte media, la *intentio*, che, se esprimeva obbligo l'azione era in *personam*, se rivendicazione di un obbietto, era reale; ora le tre anzidette invece di tre parti, ne aveano quattro nella formola, essendo dopo la *intentio* aggiunta l'*adiudicatio;* la *intentio* che determinava il carattere dell'azione era in *personam*, l'*adiudicatio in rem*, e questa non era se non la conseguenza della *intentio;* a questo punto storico si rapportano le parole di Giustiniano *mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam.* Onde volendo determinare il carattere delle azioni divisorie, le diremo personali; nè i Romani pensavano diversamente, e Paolo così scrive: *Finium regundorum actio in personam est.*

§. 81.

2. Actiones directae et utiles, vulgares et in factum, in ius et in factum conceptae.

L' azione, quale originalmente era posta, nel caso e nella condizion di cose previste dalla legge, prendeva nome di *actio directa*. Ma quando dai casi dati, l' azione si estendeva ad altri nuovi, o a nuove circostanze di quei casi, appellavasi *utilis*; perocchè essa era fatta utile in altre condizioni di cose, che quelle prevedute. Tale estensione nasceva veramente da una finzione: perchè altri utilizzasse l'azione, mettiamo, del proprietario o dell' erede, era supposto ch' egli fosse proprietario od erede; onde l'altro nome di *actiones fictitiae* (a), chè tali erano senza dubbio riguardo alla forma del procedimento, come *utiles* per la cagione di loro essere (*utilitas*) (b). In due modi potevasi concedere per altri casi l' azione diretta, e renderla quindi utile:

1) quando un principio legale può essere applicato ad altri casi si-

---

(a) *Gai.* Inst. IV. 34-38. §. 34. Habemus adhuc alterius generis fictiones, in quibusdam formulis: velut cum is qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit; cum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones reliq.

(b) *Gai.* Inst. II. §. 253 — §. 4. Inst. de fid. hered. (2. 23.). — *Ulpiani*, Fragm. XXVIII. §. 12. Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

mili; onde se per la originaria relazione giuridica eravi un' azione diretta, questa veniva applicata utilmente al caso simile (c);

2) quando un'azione per diritto rigoroso è estinta, o non v'è, *aequitatis causa* può essere data o novellamente ammessa; il che principalmente avviene per la restituzione in intiero (d).

La distinzione di azioni dirette ed utili non stava nell' efficacia di esse, ma bensì nel modo della formola, e propriamente si distinguevano nella parte media, che appellavasi *intentio;* laonde questa distinzione valida e necessaria nell' *ordo iudiciorum privatorum*, poichè nel sistema di Giustiniano tutto fu agguagliato al modo del giudizio straordinario, non può avere che un significato storico; mercè cui sappiamo esser *diretta* l'azione nel suo primitivo rigore, ed *utile* per la larghezza usata in un'istituzione giuridica (e).

II. Affine a questa distinzione è l'altra delle azioni volgari e in *factum*. Le azioni volgari, *iudicia prodita*, eran quelle, che avevano una precisa, e determinata formola già registrata nell' editto del Pretore. In *factum* dicevansi quelle azioni, le quali mancavano di questa determinata e certa formola, ma questa era assegnata secondo il caso pratico e secondo le circostanze del medesimo; e ciò per la potestà che avea il Pretore di formulare un' azione per ogni nuova relazione giuridica (f). Generalmente quasi tutte le azioni utili nella loro forma sono *in factum*, eccetto quelle le quali non nascono dalla estensione di una determinata azione fuori della sua sfera ordinaria, ma sono esclusivamente fondate nell' equità, come l' *actio praescriptis verbis*.

III. Non bisogna certamente confondere questa divisione con l'altra dell' *actiones in ius et in factum conceptae*. Le prime erano quelle che avevano una *iuris civilis intentio*, ossia quelle che affermano la esistenza di una relazione giuridica fondata sul diritto civile. Le azioni *in factum conceptae* sono quelle le quali nella *intentio* affermano solamente un fatto, cosicchè questa seconda parte non si distingueva dalla demostrazione, anzi entrambe le prime proposizioni erano insieme fuse. Quelle azioni che contenevano una formola perfetta con la *intentio*, che determinava la questione di diritto civile rigoroso, erano dette *in ius conceptae*; le altre con le quali si richiamava l'attenzione del giudice non nel diritto, ma sul fatto e, secondochè lo trovasse fondato, questi dovea condannare od assolvere il reo convenuto, si dissero *actiones in factum conceptae*. Ora una certa corrispondenza tra le azioni in *factum* e quelle *in factum conceptae* vi è in quanto tutte le azioni in *factum* sono anco *in factum conceptae*, se non che le azioni nascenti dai contratti innominati dette *actiones in factum civiles*, ovvero *actiones praescriptis verbis* avevano una *formola in ius concepta*; poichè secondo la testimonianza dei fonti si rileva, che tali azioni avevano una *civilis intentio*, e che appartenevano alle azioni di buona fede, le quali non potevano essere se non in *ius conceptae* (g).

(c) L. 2. §. 5. de aqua et aquae pluv. (39. 3.). *Paul*. . . . Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, et si iure deficiamur. — L. 21. pr. de act. rer. amot. (25. 2.).

(d) *Gai*. Inst. IV. §. 38. — L. 20. §. 1. de tutelae, et rat. distraen. (27. 3.). — L. 30 de mortis causa don. (39. 6.). — L. 20. de iure fisci (49. 14.). *Papin*. Sed revocata pecunia in fideiussorem liberatum utilis actio dabitur. — L. 21. pr. de praescr. verb. et in fact. actionib. *Ulp*. Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

(e) *Savigny*, O. C. V. §. 215. — L. 47. §. 1. de neg. gest. (3. 5.). *Paul*. Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.

(f) L. 1. pr. de praes. et in fact. act. (19. 5.). *Papin*. Nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

§. 82.

3. Actiones bonae fidei, stricti iuris, condictiones.

Gans, Diritto di Obbligaz. Eidelberga 1819. I.— *Siever*, De summario Romanorum iudicio seu de stricti iuris, et bonae fidei actionibus, Lipsiae 1822. — *Bachofen*, De Rom. iud. civilib. de legis actionibus de formulis et de condictione, Gotting. 1840.— *Puchta*, Corso delle Istituz. §§, 165, 269. — *Savigny* , Sist. V. §. 218. ss. — Append. XIII. XIV.

Le azioni personali si suddividono in *actiones stricti iuris* o *condictiones*, ed *in actiones bonae fidei*. Le prime eran quelle, nelle quali pel carattere dell' affare giuridico in questione che si riferiva ad un obbietto determinato, il giudice doveva decidere rigorosamente secondo la formola del Pretore ed i termini dell' atto conchiuso, nè gli si permetteva di decidere altrimenti in via di equità; la sua sentenza non poteva attribuire nè più, nè meno di quello che risultava dall'atto e dalla formola che riceveva dal Pretore, che la determinava in questi termini precisi: *dare oportere, o dare facere oportere*. Al contrario quelle azioni personali, le quali, nascenti da vicendevoli legami, e fondati sul credito e sulla buona fede, lasciavano al giudice un potere alquanto più ampio di decidere la questione secondo il principio di equità, si appellavano *actiones bonae fidei*. Quindi nelle prime il giudice prendeva a base della sua decisione l' obbligo del convenuto secondo l' atto giuridico e la legge, nelle seconde l'equità e la fede delle parti. Un tale carattere era espresso nelle parole della formola in questa guisa: *quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*, ovvero *quod aequus melius*, etc. Le prime ebbero perciò il nome di *stricti iuris actiones, condictiones, iudicia*, le altre quello di *bonae fidei actiones*, ovvero anche *arbitria* (a).

(g) L. 6. de praescript. verb. (19. 5). — *Savigny*, Sist. V. §. 217. — *Vangerow*. o. c. §. 138.

La *stricti iuris actio* nasce da quei negozii giuridici, l'obbietto de'quali è un *certum* (b), e che sono conchiusi per una formola rigorosamente civile, come è la *verborum obligatio* (*stipulatio*), e la *literarum obligatio* (c); l' obbligazione ch' è base ad una tale *actio* è strettamente unilaterale. All' incontro se la obbligazione sorge da un contratto consensuale, da un patto, e che fonda un'*actio contraria* come il mandato, il comodato, il deposito, e che in fine ha per obbietto un *incertum*, genera un' *actio bonae fidei* (d).

Sulla importanza pratica di siffatta distinzione è da osservare, che:

1) La *bonae fidei actio* permette di portare un giudizio più libero nell' affare che è il fondamento dell' azione, stantechè il giudice non è legato alle precise parole ed espressioni, come regolarmente avviene nelle altre azioni (e).

2) L' azione di buona fede sorge per motivi pei quali è impossibile intentare un *actio stricti iuris*. Verbigrazia quando in un affare giuridico vi è dolo, o violenza, come il diritto prende in considerazione questi motivi pel principio di equità (§§. 43. 44), nei giudizii di buona fede vi si potrà provvedere con la medesima azione del contratto, non si potrà del pari nei giudizii di stretto diritto; dalle antiche leggi tali motivi non erano per nulla considerati, e dalle nuove si è provveduto con altri mezzi.

(a) *Gai.* Inst. IV. 47. — Cic. Top. c. 17. de off. III. c. 15. 16. 17. — L. 5. §. 4. de in lit. iur. (12. 3.).

(b) L. 9. pr. de reb. red. (12. 1.). *Ulp.* Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur.

(c) Pr. Inst. de lit. oblig. (3. 21.). . . . . Sic fit, ut hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligatur; et ex ea nascitur condictio, cessante igitur verborum obligatione.

(d) §. 28. Inst. de actionib. (4. 6): Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio: quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

(e) L. 99. de V. O. (45. 1.). — L. 7. de negat. gest. (3. 5.). *Paul.* . . . . . tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. — L. 31. §. 20. de aed. ed. (21. 1.).

Similmente quando in un contratto vi è un patto aggiunto, nei giudizii di buona fede l'azione del contratto può essere diretta anche al *pactum adiectum*, non così nelle azioni di stretto diritto, sebbene nel nuovo diritto si è data una più mite decisione su ciò (f).

3) Non minore è la differenza in rapporto alle eccezioni; imperocchè nelle azioni di stretto diritto erano permesse solamente quelle eccezioni espressamente determinate nella formola; mentre nei giudizii di buona fede, in virtù di più largo potere concesso al giudice, questi poteva prendere in considerazione anche le eccezioni prodotte innanzi a lui, e trascurate innanzi al Pretore (*in iure*) (g). È d'avvertire però che qui si fa parola delle vere eccezioni nel più stretto significato della parola, e non di quelle eccezioni o fatti, i quali annullano *ipso facto* il diritto di agire dell' attore: poichè tali eccezioni non erano messe nella formola ed erano sempre prodotte in giudizio.

4) Egualmente rilevante è la differenza pel giuramento in lite, ed in rapporto al punto di partenza per la stima in giudizio; imperocchè nelle azioni di stretto diritto il punto di partenza è la contestazione della lite, mentre nelle azioni di buona fede è la *condemnatio* (h).

5) Quando in un negozio di stretto diritto è stabilito un luogo di pagamento, valeva la regola, che l'azione dovea essere intentata perfettamente in quel determinato luogo; ed affinchè fossero eliminate le inconvenienze che potevano venirne, il Pretore lasciava un' arbitraria azione (*actio de eo quod certo loco*), in forza di cui l' attore invece d' intentare l' azione nel luogo designato dall' atto civile, aveva la facoltà d'intenterla in altro luogo. Nelle azioni di buona fede all'incontro questa nuova azione non è punto necessaria, dappoichè ciò potrà fare il giudice secondo la natura del contratto stesso (i).

(f) L. 7. §. 5. de pactis (2. 14.).— L. 40. de reb. cred. (12. 1.).—*Savigny*, Sist. VII. pag. 127.

(g) L. 21. soluto matr. (24. 3.). *Ulp*..... Etsi non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum, quum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumtum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit. — L. 3. de rescind. vend. (18. 5.).

(h) L. 3. §. 2. commod. (13. 6.). *Ulp*. In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et in rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti, litis contestatae tempus spectetur. — L. 22. de reb. cred. (12. 1.). — L. 4. de cond. trit. (13. 3.). — L. 28. de nov. (46. 2.).

(i) L. 7. de eo quod. certo loco (13. 4.). *Paul*. In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit,ut certo loco quid praestetur, ex emto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio. §. 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit. — §. 33. Inst. de act. (4. 6.).

ANNOTAZIONE

Quali azioni appartengano alla prima classe e quali all' altra è controverso; ma le ultime investigazioni a questo proposito ci hanno condotti a' seguenti risultati:

1) Innanzi tutto è da rigettare l'opinione che tutte le azioni fossero divise in azioni di stretto diritto e di buona fede, mentre in verità questa divisione non si estende che ad un piccolo cerchio di azioni. Ad esse appartengono solamente quelle che hanno una formola in *ius concepta*, ne sono per conseguenza escluse le azioni onorarie e le *persecutiones*.

Di più non tutte le azioni in *ius conceptae* entrano in questa divisione, ma solo quelle che sono in *personam*, e di queste quelle che sorgono da negozii civili, ossia da contratti e quasi contratti.

2) Appartengono per conseguenza al numero delle azioni di stretto diritto:

a) L' azione nascente da una *verborum obligatio*, o da una stipulazione, e ciò pel carattere rigoroso di questa forma di obbligazione (k).

b) L'azione nascente da una *literarum obligatio*, non esclusa la nuova di Giustiniano (l).

c) Le azioni *ex testamento* tanto nel caso d'un legato *per damnationem*, quanto di uno *sinendi modo* (m). Le azioni per un fidecommesso appartenevano certamente al numero delle *persecutiones*, e quindi non sono nè di stretto diritto nè di buona fede, quantunque materialmente fossero considerato quale libere azioni; donde segue che, in virtù della *exaequatio legatorum et fideicommissorum* di Giustiniano nell' ultima legislazione, le azioni *ex testamento* non possono più essere annoverate tra le azioni di diritto stretto (n).

d) La *condictio ex mutuo* con le altre specie della *condictio datorum* come la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem causam*, e finalmente la *condictio sine causa*.

e) La *condictio ex iniusta causa*, la *condictio furtiva*, e l' *actio rerum amotarum* (o).

In rapporto a questa ultima azione vi è una divergenza di opinioni; e specialmente *Heimbach* è di opinione che questa azione, essendo un' azione avente la formola *in factum concepta*, non può essere annoverata tra le azioni di stretto diritto, e tutto ciò per la L. 2. C. rer. amot. (5. 21.). Questo giudizio sull' azione in questione è poco esatto; imperocchè dalla legge del Codice citata si rileva solamente, che nell' editto pretorio era proposta una formola per l' *actio rer. amot.*, con ciò l' azione non addiveniva onoraria; se la legge citata ci avverte che l' azione in discorso, l' *actio rer. amot.*, poteva essere intentata durante il matrimonio con la formola *in factam*, è a stabilirsi, che fuori questa circostanza in sè quell'azione non è un'*actio in factum;* come poi sarebbe in armonia questa interpretazione della legge 2 con la legge 26 dei Digesti citata, e specialmente con queste parole: *rerum amotarum actio condictio est*?

(k) L. 9. §. 3. de reb. cred. (12. 1.). ved. not. (b) — L. 5. §. 4. — L. 6. de in lit. iur. (12. 3.). — L. 103. de V. O. (45. 1.). — L. un. §. 2. C. de rei ux. act. (5. 13.). Cic. pro Rosc. Com. 5.

(l) pr. Inst. de lit. obl. (3. 21.). — Ved. not. (c).

(m) L. 9. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). — L. 6. de in lit. iur. (12. 3.). — L. 23. de V. O. (45. 1.).

(n) L. 2. C. com. de legatis (6. 48.).

(o) L. 26. de act. rer. amot. (25. 2.).

f) Finalmente le *condictiones ex lege*. Su questo punto si è agitata nelle scuole una controversia per stabilire e determinare simili *condictiones*, e ciò per un passo di Paolo variamente interpretato (p). Paolo nella legge unica *de cond. ex lege* (13. 2). così dice:

« Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere
« actionis experiamur, ex lege agendum est.

Crediamo che la interpretazione più naturale di questo passo sia la seguente: Quando una nuova legge introduce un' obbligazione, senza determinare quale specie di azione vi vada congiunta, l' azione sarà una *condictio ex lege*, ossia la sua *intentio* deve essere diretta ad un *dare oportere*, o ad un *dare facere oportere*, senza l'aggiunto di *ex fide bona*. Poche leggi veramente parlano di *condictiones ex lege* (q); ma non vuolsi conchiuderne che, tranne questi casi, non vi siano altre *condictiones ex lege*; più giustamente è da dire secondo allo spirito della legislazione giustinianea di annoverare tra le *condictiones ex lege* le nuove azioni nascenti dalle donazioni e dal contratto dotale; l' azione revocatoria per l' ingratitudine del donatario; ed altre ancora (r).

È controverso se le azioni civili *ex delicto* appartengono alle azioni di stretto diritto. Alcuni negano questa qualità o simili azioni (s), dove altri l' affermano (t). La controversia sta non a sapere se le azioni civili *ex delicto* sieno di stretto diritto o di buona fede, ma se entrano come azioni personali in questa divisione. L' azione civile *ex delicto*, non può appartenere alle *condictiones* o alle *actiones stricti iuris*, sol perchè la *intentio* messa nella formola non è diretta al *dare* o *dare facere oportere*, ma è concepita per *damnum decidere oportere;* quantunque, essendo azioni del medesimo carattere delle *condictiones*, cioè unilaterali, potrebbero esser trattate quali azioni di diritto stretto (u).

Similmente altre azioni, perfettamente escluse dalla presente divisione, possono essere considerate come di stretto diritto, o come di buona fede; e la ragione ne è, che tale divisione, massimamente importante per la nomenclatura, e nel tempo del processo formolario, allora che il Pretore determinava il criterio del giudice nella formola, dal momento che tutto lo svolgimento della controversia è trattato innanzi al medesimo magistrato, se non può dirsi cessata, è certo menomata d' importanza. Per la qual cosa tutte le azioni che non appartenevano dapprima a questa divisione dovettero essere trattate alla maniera o di quelle conosciute sotto il nome di *actiones stricti iuris*, o di quelle appellate *bonae fidei*. Le azioni trattate nella prima maniera sono incontrastabilmente le azioni civili *ex delicto*, di cui abbiamo già ragionato; le altre possono tutte essere riguardate come azioni di buona fede. Vanno in questa seconda categoria le azioni *in rem* (v): ancora quelle che avevano una formola *in factum concepta*, e le azioni onorarie, per le quali la libertà del giudice era già posta dal carattere del diritto pretorio. Non altrimenti è delle *persecutiones*, le quali venivano in tali relazioni giuridiche, per le quali si offriva al magistrato una libera cognizione, indipendente dal diritto stretto (x).

(p) Ved. *Glück* XIII. pag. 337.

(q) Ved. §. 24. Inst. de act. (4. 6.). . . . . . Quod nostra constitutio induxit quae in nostro codice fulget. L. 2. C. (3. 10), ex qua dubio procul est, ex lege condicticiam emanare. — L. 28. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.). — L. ult. §. 1. C. de hered. pet. (3. 31.). — L. ult. §. 6. C. de iur. delib. (6. 30.).

(r) L. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54.). — L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.). — L. 10. C. de revoc. don. (8. 56.).

(s) *Savigny*, Sist. V. app. Num. XX.

(t) *Böcking*, I. p. 577.

(u) L. 9. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). *Ulp*. Competit haec actio etiam ex legati causa, et ex lege Aquilia; sed et causa furtiva per hoc condictionem condicitur; sed etsi ex Senatusconsulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

Dalle azioni di buona fede fa d'uopo distinguere quelle in *bonum et in aequum conceptae*. In alcune relazioni giuridiche, nelle quali era necessaria una stima per determinare l' obbietto della obbligazione, il giudice avea per la misura della stima, latitudine ancora più grande cho nei *bonae fidei iudicia*: il cho veniva nella formola nel seguente modo espresso: *quanti bonum aequum videbitur*; e per ciò le azioni ebbero nome di *actiones in bonum et aequum conceptae*. Appartengono a tale specie di azioni: l' *actio rei uxoriae* (y); l' *actio iniuriarum aestimatoria* (z); l' *actio sepulcri violati* (aa); l'*actio de effusis* (bb); l'*actio aedilicia* per ferite fatte ad un uomo libero (cc); l' *actio funeraria* (dd).

Il principio di equità che dissolve il rigore del diritto civile, si manifesta anche nelle azioni come nelle altre materie di diritto. La contrarietà delle azioni *stricti iuris*, o *condictiones* da un lato, con le *bonae fidei* dall' altro riproducono nel terreno dei giudizii il principio rigoroso del diritto civile col più libero della *naturalis ratio*; ma nel progresso del diritto lo stesso principio che modifica le istituzioni, modera ancora il rigore delle *actiones stricti iuris*, per modo che le *condictiones* si avvicinano al carattere più libero delle *bonae fidei actiones*. Conoscere particolarmente questa ultima vicenda delle *condictiones* non è fuori proposito.

La *condictio* era così appellata dalla *legis actio per condictionem*, la quale doveva strettamente adoperarsi per *certa pecunia*, ovvero per *certa res*; la sua natura era rigorosa a segno che il giudice doveva decidere nè più nè meno che la formola

---

(v) L. 68. de R. V. (6. 1.). *Ulp*. . . . . . Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt; ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. — L. 7. si serv. vind. (8. 5.). — L. 5. de in lit. iur. (12. 3). — §. 2. Inst. de off. iud. (4. 17.). — §. 28. Inst de action. (4. 6.). ved. not. d.— L. 12. §. 3. C. de pet. hered. (3. 31.).

(x) *Savigny*, Sist. V. pag. 474.

(y) L. 66. §. 7. sol. mat. (24. 3.) — L. 82. de sol. (46. 3.).

(z) L. 11. §. 1. — L. 18. pr. de iniur. (47. 10.). *Ulp*. Iniuriarum actio ex bono et aequo. est. — L. 34. pr. de O. et. A. (44. 7.).

(aa) L. 3. pr. — L. 6. 10. sepulc. viol. (47. 12.). — L. 20. §. 5. de acq. hered. (29. 2.).

(bb) L. 1. pr. — L. 5. §. 5. de his qui eff. (9. 3.).

(cc) L. 42. de aed. (21. 1.). — §. 1. Inst. si quadr. (4. 9.).

(dd) L. 14. §. 6. de relig. (11. 7.). *Ulp*. Haec actio, quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur.—ved. anc. *Cujac*. abss. XXII. 14. comm. in Paul. ad edictum. ad leg. 9. de cap. min. in op. omn. V. pag. 161. — *Savigny*, pag. 92.

dare oportere gli dettava; così Gaio (ee) intende per *condictio* quell' azione *in personam*, la *intentio* della quale era diretta ad un *dare oportere*. Secondo la sua origine e la sua natura adunque la *condictio* era per un *certum*; e perciò il nome di *condictio certi*. L' austerità della *condictio* fu temperata probabilmente tra il VI. e VII. secolo di Roma; e da quel tempo oltre ad una *condictio certi* si ha una *côndictio incerti*.

La differenza è molto rilevante, perocchè la prima è diretta a somma od oggetto determinato, l'altra, quantunque diretta anche al dare, pure non avea così determinato l' obbietto, onde alla parola *dare* della *intentio* si aggiungeva l' altra *facere*.Dal che consegue differenza importante: che nella *condictio certi*, essendo tutto determinato,il giudice, comprovati i fatti, non poteva condannare o assolvere il convenuto per quella pecunia od obbietto determinato; nell' altra, non essendo confinato l' obbietto della obbligazione, era lasciata facoltà sufficientemente larga al magistrato di determinarlo nella sua sentenza. Quando sia il caso dell'una, quando dell' altra, è da decidere secondo la natura delle obbligazioni; e particolarmente:

1) Nasce allora la *condictio certi* quando l'azione ha quei requisiti da noi esposti di sopra, ed è diretta solo al *dare*, essendochè il *facere* involge in sè un' incertezza. L'obbietto con altre parole dev' essere determinato nel *quid*, nel *quale* e nel *quantum* (ff): e la *intentio* concepita in questa guisa: *si paret, Nm. Nn. Ao. Ao. sestertium decem milia*, ovvero *fundum cornelianum*, *hominem Stichum dare oportere* (gg).

2) Nasce la *condictio incerti*, quando esistono i requisiti fondamentali delle *condictiones*, ma il contenuto della obbligazione è un *incertum*, un oggetto per qualsiasi rapporto indeterminato. Però, come per le azioni di buona fede, la *intentio* non poteva racchiudere un *certum*, ma era espressa col *dare facere* senza l'aggiunzione *ex fide bona*, in questa guisa: *quidquid perct Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere*, ovvero *quidquid ob eam rem. Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet* (hh).

(ee) *Gai.* Inst. IV. 19. Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

(ff) L. 74. 75. pr. de V. O. (45. 1.). *Gai.* Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae; certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.— L. 75. pr. *Ulp.* ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.

(gg) *Gai.* Inst. IV. 18. 33. 34. 41. 86. — conf. 42. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). — L. 2. §. 7. de eo quod certo loco (13. 4.). — L. 75. §. 8. L. 103. de V. O. (45. 1.).— L. 93. pr. de solut. (46. 3.).

(hh) *Gai.* Inst. IV. 41. 131. 136. — conf. L. 29. §. 1. — L. 76. §. 1. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Quum stipulamur, *quidquid te dare facere oportet*, id, quod praesenti die duntaxat debetur in stipulationem deducitur, non, ut in iudiciis, etiam futurum. — L. 72. §. 3. de solut. (46. 3.). — Ved. anc. L. 5. §. 1. de usuf. ear. rer. (7. 5.). — L. 35. de servit. praed. urb. (8. 2.). — L. 22. §. 1. — L. 40. §. 1. do cond. ind. (12. 6.). *Marcian.* Si pars domus, quae in diem per fideicommissa relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, et ea heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat; et si sine deductionem domum tradiderit, posse *incerti condici*, quasi plus debito dederit. — L. 3. de cond. caus. (12. 7.). — L. 5. §. 1. — L. 8. pr. do act. vend. (19. 1.). *Paul.* Si tibi liberum praedium tradidero, quum serviens tradere deberem, etiam *condictio incerti* competit mihi, ut patiaris eam servitutem, quam debuit, imponi. — L. 2. §. 3. de donat. (39. 5.). etc.

3) Nelle *condictiones certi* fin dagli antichi tempi si era messa la distinzione, se la *condictio* era per *certa pecunia* (corrispondente alla *legis actio per condictionem ex lege Silia*) o per *aliam certam rem* (corrispondente alla *condictio ex lege Calpurnia*). Sulla differenza non si è concordi; pretendono alcuni consistere massimamente in ciò, che solamente nella *condictio* diretta a *certa pecunia* seguisse la *certa condemnatio*, nell'altra diretta *ad certam rem* seguisse una *incerta condemnatio* (ii). Questa differenza non ci pare esatta, avendo buoni motivi da credere che anche in questo ultimo caso la *condemnatio* poteva essere diretta ancora ad una *certa pecunia* (jj); piuttosto la differenza rilevante sarebbe, che nella *condictio* diretta alla *certa pecunia* le parti promettevansi scambievolmente una multa (la terza parte della somma reclamata) da pagarsi dal soccombente a colui che vinceva la lite: mentre nell'altra *condictio* mancava la *sponsio poenalis*. Di qui nasce che solamente la prima prendeva il nome di *condictio certi*, ovvero *actio si certum petatur*, mentre al contrario ogni altra *condictio* appellavasi *triticiaria*, poichè il frumento fu designato come esempio di una qualunque cosa distinta dalla moneta. Così quest'ultima condizione abbraccia non solo la *condictio* ad una *res certa*, ma ancora la *condictio incerti* (kk).

4) Altra differenza è piaciuta di porre, per interpretare un passo di Ulpiano, il quale sembra contraddire alla generale teorica, che la *condictio certi* allora può essere adoperata, quando giusta la sua natura, abbia per oggetto l'obbligazione di un *certum*. Ulpiano infatti nella L. 9. pr. de R. C. (12. 1) scrive: « Certi condictio com« petit ex omni causa, et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, *sive ex certo* « *contractu petatur, sive ex incerto*. Licet enim nobis ex omni contractu certum « condicere, dummodo praesens sit obligatio; caeterum si in diem sit, vel sub con« ditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere ».

Per questa legge si fa nascere una *condictio certi* generale, sulla quale per altro i giuristi non vanno in niun modo d'accordo. Da una parte alcuni vanno tant'oltre da ammettere in ogni caso una *condictio generalis* in ogni obbligazione, la quale entra in concorso alternativo con l'azione speciale nascente dalla obbligazione, qualora l'attore sia in grado di determinare in un *certo* il suo diritto; altri al contrario pongono per limitazione, che vi debbano essere i requisiti per una *condictio*, e che in questo caso allora l'attore possa valersi di una *condictio*, anche che l'obbietto sia un *incertum*, quando fa che la sua stima non sorpassi quella fissata dal giudice (ll).

(ii) *Wachter*, Sag. 72 — *Savigny*, pag. 612.

(jj) *Heimbach*, creditum pag. 570. — L. 1. pr. de cond. trit. (13. 3.). *Ulp*. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si *certum petetur*; qui autem alias res, per triticiariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum, quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit, sive ius stipulatus quis sit, veluti usufructum, vel servitutem utrorumque praediorum. — ved. *Savigny*, pag. 622. — *Puchta*, Istit. §. 164. — *Heimbach*, creditum pag. 106. ss.

(kk) *Heimbach*, Basil. II. pag. 519 e 595. ss. Gloss. ad pr. Inst. quibus modis re (3. 14). e ad Pub. et ad Leg. 9. de R. C. (12. 1.). — *Cujac*. vol. VII. p. 649. ad leg. cit., — *Brackenhoft*, identità e connessità, pag. 93.

(ll) L. 1. 4. §. 1. de R. C. (12. 1.). — L. 28. §. 4. de iure. (12. 2.). — L. 13. §. 1. depositi (16. 3.). — L. 47. pr. pro soc. (17. 2.). *Ulp*. Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit. — L. 5. de tutelae act. (27. 3.). — L. 5. de except. rei iud. (44. 2.). — L. 34. §. 1. 2. de O. et A. (44. 7.).

Questa interpretazione è secondo noi poco esatta. Non si può contraddire che in varie circostanze di molteplici relazioni giuridiche possono essere fondati i requisiti della *condictio*, e perciò noi troviamo ricordate le *condictiones* in concorso alternativo con *l' actio depositi*, *commodati*, *pignoraticia*, *mandati*, *negotiorum gestorum*, *tutelae*, *pro socio etc.* (mm), ed in tutti questi casi vien richiesto che in concreto vi siano i requisiti per una *condictio*; in questo modo è possibile, che l' obbietto di quella obbligazione, che nasce dai motivi di una *condictio*, è un *certum*, quantunque la obbligazione principale stessa è per sè un *incertum*. In questa maniera si può interpretare la legge 9 citata senza ricorrere ad una novella distinzione delle *condictiones*, tanto più che l' *incertus contractus* di Ulpiano si rapporta non all' obbietto dell' obbligazione, ma sì bene alla forma contrattuale; nessun dubbio adunque che vi sia un obbietto certo, ovvero un motivo per la *condictio certi*, in una *obligatio incerta* (nn).

§. 83.

1. Actiones arbitrariae.

Savigny, Sist. V. §. 221. — *Puchta*, Istituzioni §. 165.

Le azioni arbitrarie, che in niun modo debbono confondersi con quelle di buona fede, hanno la specialità che per esse il giudice non pronunciava immediatamente la sentenza, ma, esaminato rigorosamente il diritto dell' attore, e convintosene, metteva nella libera volontà del convenuto di soddisfare l' attore, p. e. di esibire o restituire l' oggetto. Se il primo assecondava la *pronunciatio* dell' *arbiter*, era assoluto, se vi si rifiutava, seguiva, dietro stima, la condanna pecuniaria. Quindi per la *intentio* questa formola era un *iudicium*, per la *condemnatio* invece era un *arbitratus iudicis* (a). Le conseguenze di questa erano di grande pregiudizio pel convenuto, che non si sottometteva alla volontaria prestazione: in quantochè spesso andavano oltre di quanto il convenuto avrebbe dovuto soddisfare in forza del primo arbitrato (b), p. e. nell' *actio quod metus*

(mm) *Vangerow*, op. c. §. 139. — *Savigny*, o. c. vol. V. pag. 5. 78. ss.

(nn) *Liebe*, stipulazioni pag. 44. — *Heimbach*, *creditum* pag. 84.

(a) §. 31. Inst. de act. (4. 6.): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, *nisi arbitrio iudicis is*, *cum quo agitur*, *actori satisfaciat*, (veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat) condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item cum id, quod certo loco promissum est, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici, ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

(b) L. 68. dei rei vind. (6. 1): *Ulp.* Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfer-

causa la sentenza era diretta al quadruplo; mentre secondo l'arbitrato sarebbe stato sufficiente il semplice pagamento; come pure l' effetto della sentenza nell' *actio doli* era la infamia. Ciò era espresso nella formola dalle parole *nisi restituatur*, *nisi exhibeatur* le quali racchiudono tutto il carattere di questa specie di azioni.

2) La differenza che v' è tra le azioni arbitrarie e le *stricti iuris* e *bonae fidei* sta in ciò, che queste due ultime si rapportano solamente alle azioni *in personam*, mentre le azioni arbitrarie possono comprendere tanto queste, quanto le azioni *in rem*; del resto queste azioni non hanno una differenza esatta con le azioni *stricti iuris* e *bonae fidei*, cosicchè le azioni si potessero dividere in *stricti iuris*, *bonae fidei* e *arbitrariae*, ma molte azioni di buona fede sono nel medesimo tempo arbitrarie.

3) La regola generale per determinare le singole azioni, che potessero avere il predicato di arbitrarie, è comunemente riconosciuta in tutte quelle libere azioni, in cui secondo il loro speciale contenuto, è applicabile il suesposto processo. Per la qual cosa, volendo applicare questa regola alle singole azioni, fa d'uopo escludere in primo luogo tutte le *condictiones*, come ancora le azioni civili *ex delicto*, la ragione è chiara; in quantochè l'attività passiva del giudice in queste azioni mal s' accorderebbe col carattere proprio delle arbitrarie: restano adunque quali azioni arbitrarie le azioni di buona fede, le reali, e tutte le azioni pretorie, e di queste solamente quelle dirette alla restituzione (*nisi restituatur*), od alla esibizione (*nisi exhibeatur*) (c).

§. 84.

5) **Degl' interdetti.**

T. inst. De interdictis (4. 15.). — T. D. De interdictis (43. 1.). — T. C. cod. (8. 1.). *Gai.* Inst. IV. 138. sqq. — *Puchta*, Corso delle istit. §. 169.

L'azione e il corrispondente giudizio non poteva aver luogo, che per una lesione di diritto, invece per rimettere uno stato di fatto, come decidere una semplice quistione di possesso, il pretore, non essendo in que-

---

tur, et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur locum habet.

(c) *Savigny*, V. §. 221.222.—§. 31.Inst. de act. (4. 6.).—L.2.§.1. de in litem iur. (12. 3). *Paul.* Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

sto caso possibile un' azione ed un giudizio ordinario, dove provvedere con ordinanze, per mezzo di cui ad istanza di una parte ingiungeva all'altra di fare o non fare qualche cosa. L'ordinanza in senso imperativo a restituire e ad esibire dicevasi *decretum*, quella in senso proibitivo dicevasi *interdictum* (a). Quest'ultimo nome fu inteso generalmente ed applicato ai tre ordini; sicchè si dissero *interdicta restitutoria*, *exhibitoria*, *prohibitoria* (b). Se la parte contraria non faceva opposizione, tutto era finito, ma qualora si opponesse, nasceva una controversia, a diffinir la quale era necessario un giudizio, pel quale si dava un giudice od un arbitro. In questo caso, come è facile provvedere, il comando e il divieto del Pretore diveniva fondamento alla formola da determinarsi al giudice; onde questi nel decidere la controversia non doveva investigare altro, se non se la parte contraria avesse o pur no operato contro l' editto. In ciò gl' interdetti erano riguardati come azioni, con la differenza solamente della forma del processo.

2) Gl'interdetti erano *simplicia* e *duplicia*, coi primi il Pretore si dirigeva ad una delle parti e comandava o vietava qualche cosa; nei *duplicia* poi si dirigeva ad entrambe, in modo che ognuna di esse poteva nel medesimo tempo essere attore e convenuto (c). Nei primi poteva darsi uno di questi due processi, *cum poena* o *sine poena*. La procedura *cum poena* consisteva in ciò che l' attore provocava il convenuto a promettergli una somma, se si provasse che egli avea operato contro l'editto pretorio (*sponsio*), ed all'incontro il convenuto lo chiamava ad una *restipulatio* pel fatto contrario, cosicchè per la scambievole promessa entrambi ottenevano una formola diretta alla *sponsio*, o alla *restipulatio*. In questa azione il giudice indagava se la base di questa doppia stipulazione esisteva, ossia se una delle parti avea realmente operato contro l' editto pretorio. Affinchè poi si raggiungesse lo scopo negl' interdetti restitutorii ed esibitorii, l'attore alla formola della *sponsio* aggiungeva la domanda della restituzione

---

(a) *Gai*. Inst. IV. 139. 146. — Pr. Inst. de interdict. (4. 15.). Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae aut conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. Quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

(b) §. 1. Inst. h. t.: Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut *prohibitoria* sunt, aut *restitutoria*, aut *exhibitoria* . . . Sunt tamen, qui putant, proprie *interdicta* ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; exhibitoria autem et restitutoria proprie *decreta* vocari: sed tamen obtinuit, omnia *interdicta* appellari, quia *inter duos dicuntur*.

(c) §. 7. Inst. h. t.: Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut *simplicia* sunt aut *duplicia*. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est, ... duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipuo reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet. — Ved. *Gai*. Inst. IV. 157-170.

ed esibizione della cosa; qualora la restituzione od esibizione non seguisse, il convenuto era condannato al prezzo della cosa.

Nella procedura *sine poena* le parti comparivano innanzi al magistrato domandando un *arbiter*, ed il Pretore dava loro una *formula arbitraria*, per mezzo della quale il convenuto era condannato ad una somma determinata in caso che non volesse restituire o esibire la cosa. Questa procedura era applicabile solamente agl'interdetti restitutorii ed agli esibitorii.

Negl' interdetti *duplicia* avveniva un' altra procedura: in una questione, in cui entrambe le parti volevano per sè il possesso, facea mestieri decidere chi dei due dovesse ritenere il possesso medesimo, il che dava la facoltà di godere provvisoriamente di una cosa durante il processo.

Questa facoltà era data a colui che sottomettevasi ad una pena maggiore in caso che l' esito del processo fosse a lui contrario. Se l' esito del processo era contrario al maggiore offerente nella *licitatio fructus*, questi si obbligava civilmente a questa *fructus stipulatio* in forza della quale la parte contraria chiedeva la somma convenuta, e la restituzione della cosa con i frutti raccolti, e la somma convenuta era la pena. Se si decideva in favore di costui, allora condannava l'altro alla *summa sponsionis* e *restipulationis* assolvendo il primo.

Nel diritto giustinianeo in cui più non vi ha vestigio di questa procedura, gl' interdetti sono azioni personali dirette a decidere una relazione di fatto e determinare così la base di un giudizio diffinitivo di diritto (*possessionis causam habent*), ovvero dirette a difendere un diritto materiale (*proprietatis causam habent*) (d). Questi concorrono in alcuni casi con le azioni del medesimo diritto, e vengono riguardati sempre come mezzi provvisorii; poichè dopo la decisione si può produrre in giudizio la medesima questione con l' azione, la quale opera una decisione diffinitiva.

4) Gl' interdetti possessorii si distinguono in *interdicta retinendae, recuperandae, et adipiscendae possessionis*; i primi valgono a far cessare un atto turbativo di possesso, i secondi a ricuperare un possesso perduto, gli ultimi finalmente a conseguire un possesso che prima non si aveva (e).

(d) §. 8. Inst. h. t. De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. — L. 3. 4. C. h. t. — L. 17. A. de act. emt. (4. 49.). — L. 2. §. 1. 3. h. t. — L. 1. §. 3. h. t.: *Ulp.* Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

(e) §. 2. Inst. h. t.: Sequens interdictorum divisio haec est, quod quaedam *adipiscendae possessionis causa* comparata sunt, quaedam *restituendae*, quaedam *recuperandae*.

§. 85.

6) Actiones rei persecutoriae, poenales, mixtae.

1) Le azioni dirette al mantenimento del patrimonio possono differire in ciò, che alcune tendono solamente a garantire lo stato del patrimonio; altre pretendono qualche cosa di più. L'azione diretta a rimuovere il danno ingiusto sofferto da una parte, ed il guadagno illegale dall'altra, così che le due parti ritornano nello stato antecedente alla violazione, nè v'è cambiamento nel loro patrimonio, appellasi *rei persecutoria*.

2) Avviene alle volte in alcune circostanze che alla violazione del diritto tien dietro un' altra conseguenza più pregiudizievole qual' è la pena; cosicchè colui che viola un diritto, può in seguito addivenire più povero di quello ch' era prima della violazione, e l'attore più ricco; in altri termini succede un cambiamento nei patrimonii delle due parti; quelle azioni adunque che sono unicamente dirette a conseguire il dippiù ed infligere una pena a colui che violava il diritto, sono dette per questo *poenales*.

3) Finalmente quando l' azione è diretta e a ristabilire lo stato del patrimonio anteriore alla violazione, ed ancora ad infliggere una pena al violatore, e conseguentemente a diminuire il patrimonio del condannato ed aumentare quello del vincitore nella lite, si appellerà mista.

In queste ultime azioni la pena può valutarsi o sull' azione stessa del convenuto o sull'arbitrio dell'attore, in quantochè questi nel processo o nell' intentare l' azione, egli stesso apprezza il danno, o la pena pecuniaria (a).

(a) *Savigny*, Sist.—V. §. 16. 18. Inst. de act. (4. 6.): Quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur . . . . Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt.

III. Estinzione dell' azione.

§. 86.

1) Estinzione per morte delle parti.

T. Inst. de perpet. et temp. act. etc. (4. 12.).—T. C. ex delictis defunctorum quantum heredes conveniatur (4. 17.). —*Savigny*, Sist. V.—*Mühlenbruch*, Continuaz. del com. di Glück XLIII. pagine 8. 11.

Le azioni dirette a tutelare i diritti, essendo diritti per sè stesse, come questi, si trasmettono tanto riguardo all' attore, quanto al convenuto; esse non si estinguono per morte delle parti, ma con la successione si trasmettono nelle persone degli eredi, onde la massima *actiones transeunt ad heredem et in heredem*, ossia le azioni si trasmettono attivamente e passivamente agli eredi. Da questo principio nascono le seguenti eccezioni.

1) Per le azioni riguardo all' attore, si comprende da sè stesso, che quando il diritto a cui tutela sta l' azione, si estingue esso stesso con la morte del subbietto, l' azione è ancora estinta, ed è impossibile una trasmissione di essa agli eredi. Questo è il caso de' diritti di famiglia, delle servitù personali, dei *privilegia personae*, di alcune relazioni di contratto p. e. di società, di mandato, ecc. Oltre a questi casi sono escluse dalla trasmissione attiva le azioni popolari, poichè queste non appartengono, prima della *litis contestatio*, alle azioni di patrimonio, e se l'erede ha facoltà di entrare come attore dopo la morte del suo antecessore, l'ha come cittadino e non come erede (a); e finalmente sono ancora escluse le così dette *actiones meram vindictam spirantes* (1).

2) Riguardo al convenuto non si trasmettono le azioni popolari (b), nè le azioni *ex delicto*, e proprio nella seguente maniera:

a) È negata la trasmissione dell'azione *mere poenalis* anche quando la eredità si è veramente accresciuta pel delitto; poichè in luogo dell'azione penale, avvi l'azione *rei persecutoria* che può essere adoperata (c). Tutte le volte però che l' azione penale è sola, senza che le si possa surrogare l' azione *rei persecutoria,* essa si potrà usare contro gli eredi, ossia si trasmette passivamente, ma solo per quella parte di cui l'eredità è diventata più pingue per opera dell' atto illegale (d).

(a) L. 5. §. 5. de his qui effund. (9. 3.). *Ulp.* Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est, et heredi competit; in heredem vero non datur. Quae autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum duntaxat competit neque (in heredem, sed nec heredi similibusque) personis, nam est poenalis et popularis. — conf. L. 7. pr. §. 1. de popular. act. (47. 23.).

(b) L. 7. 8. eod. *Ulp.* Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur.

(c) §. 1. Inst. h. t. . . . . Est enim certissima iuris regula, ex maleficis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuria.—L. 5. §. 5. 13. de his qui effund. (9. 3.). — L. 1. pr. de privat. delict. (47. 1.).

b) Nelle azioni *rei persecutoriae ex delicto* vi è la regola generale che possono essere dirette contro l'erede solamente in ragione della parte di cui la eredità s'è arricchita a causa del delitto, e l'applicazione di questo principio viene chiarita da una quantità di passi (e); tranne per la *condictio furtiva,* in quantochè gli eredi sono obbligati in *solidum* (f).

c) Nelle azioni miste bisogna riconoscere le medesime regole che per le *rei persecutoriae,* salvo quando accanto ad un' azione mista vien data una *rei persecutoria,* come ciò avviene nell'azione *vi bonorum raptorum,* accanto alla quale viene data anche la *condictio furtiva* di un carattere meramente *rei persecutoria* (g) (2).

3) Tutte queste eccezioni, per mezzo delle quali le suddette azioni non si trasmettono passivamente agli eredi, sono di nessun momento dalla *litis contestatio,* e da questo punto le azioni senza eccezione di sorta si trasmettono attivamente e passivamente agli eredi (h) (3).

(d) L. 5. pr. de calumniat. (3. 6.). *Ulp.* In heredem autem competit in id , quod ad eum pervenit. Nam est constitutum, turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur; ut puta ob falsum, vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur, et si quid aliud scelere quaesitum.

(e) L. 16. §. 2. quod. met. caus. (4. 2.). *Ulp.* Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito; licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere. — L. 17. §. 1. — L. 26. de dolo malo (4. 3.). — L. 4. §. 6. de alienat. iud. (4. 7.). — L. 16. de iud. (5. 1.). *Ulp.* Iulianus autem in heredem iudicis qui litem suam fecit, putat actionem competere. Quae sententia vera non est, et a multis notata est.— L. 52. de R. V. (6. 1.).— L. 3. §. 5. si mens. fals. mod. (11. 6.). — L. 7. §. 5. — L. 9. §. 2. de trib. act. (14. 4.). — L. 9. §. 1. quod. fals. tut. (27. 6.). — L. 20. §. 8. de oper. nov. nunt. (39. 1.). — L. 9. §. 8. — L. 10. de reb. auct. iud. (42. 5.). — L. 11. qui in fraud. cred. (42. 8.). — L. 1. §. 48. de vi (43. 16). — L. 15. §. 3. quod vi (43. 24.).— L. 44. de R. 1. (50. 17.). — L. un. C. h. t.

(f) §. ult. Inst. de obl. quae ex delic. (4. 1.). — L. 7. §. 2. — L. 9. de cond. furt. (13. 1.).

(g) L. 2. §. 27. vi bon. rapt. (47. 8.). *Ulp.* Haec actio heredi ceterisque successoribus dabitur; adversus heredes autem vel ceteros successores non dabitur , quia poenalis actio in eos non datur. An tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. Et ego puto, ideo Praetorem non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere condictionem.

(h) §. 1. Inst. h. t. — L. 26. 58. de O. et A. (44. 7.). *Callistr.* Sciendum est , ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire.— L. 139. de R. 1. *Gai.* Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent.— L. 164. eod.

ANNOTAZIONI

(1) Sulle azioni qualificate per *vindictam spirantes*, le scuole non sono di accordo, onde ci conviene considerare qualche caso speciale di queste azioni:

1) L' *actio iniuriarum*, che puossi chiamare il tipo di questa classe, va sottoposta al principio generale di sopra esposto (i).

2) Lo stesso si dica dell' *actio in factum de calumniatoribus* (k): come ancora segue la stessa regola:

3) La *querela inofficiosi testamenti* e *inofficiosae donationis.*

4) Le azioni dirette contro l' ingrato, e propriamente l'azione per mezzo di cui il donatore va contro il donatario ingrato. Così ancora l' azione del patrono e del padre per la rivocazione in servitù del liberto, o nella patria potestà del figlio (l).

5) Il diritto che l'un coniuge ha contro l' altro per mancanze morali (m).

6) L' *actio sepulcri violati* (n).

7) Qualche dubbio sta per l'*actio de mortuo inferendo*, e propriamente per un passo di Gaio, in cui questo giurista afferma che quest' azione non si può trasmettere nè attivamente nè passivamente agli eredi, quantunque vi sia fortemente a maravigliare di ciò; poichè con questa azione si può sempre conseguire un interesse pecuniario. Il passo in questione così suona:

« Unde minor, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dan-
« dam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam dedu-
« citur; certe perpetuo ea inter ipsos competit. L. 9. de rel. (11. 7,).

Molti antichi e qualcuno de'giuristi moderni vorrebbero interpretare in modo che le parole finali di Gaio avessero questo significato: *al contrario l'azione può sempre essere intentata dagli eredi e contro gli eredi* (o). Questa interpretazione non può essere accettata, sia perchè è grammaticalmente impossibile, sia perchè non è necessaria; la ragione dell'apparente contraddizione sta piuttosto in ciò, che questa azione è simile all'*actio sepulcri violati*; in entrambe si cerca vendicare l' insulto fatto alla memoria del trapassato, e l' interesse pecuniario è questione secondaria (p).

8) Sono sottoposte al medesimo principio l'*actio de effusis* per ferite fatte ad un uomo libero, e le azioni edilizie per ferite fatte ad un uomo libero da animali selvaggi (q).

(i) L. 13. pr. de iniuriis (47. 10.). *Ulp.* Iniuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur. Idem est, et si in servum meum iniuria facta sit; nam nec hic heredi meo iniuriarum actio datur; semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere. — L. 28. eod. — L. 32. pr. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 2. §. 4. de coll. (37. 6.).

(k) L. 4. de calum. (3. 6.). *Gai.* Haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest.

(l) L. 1. 7. 10. C. de revoc. donat. (8. 56.).

(m) L. 15. §. 1. soluto matrimonio (24. 3.).

(n) L. 6. fin. — L. 10. fin. de sepulc. viol. (47. 12.).

(o) *Glück*, Com. not. 88. 90. — *Mühlenbruch*, cessione pag. 300. ss.

(p) Ved. L. 1. §. 6. de iniur. (47. 10.). *Ulp.* Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit iniuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est, heredi quodammodo factam; semper enim heredi interest defuncti existimationem purgare. — L. ult. sepulc. viol. (9.19.). — *Puchta*, comp. §. 88. not. c.

(q) L. 5. §. 5. de his qui effund. (9. 3.).

(2) È controverso se il principio della non trasmissione contro gli eredi valga ancora per le azioni nascenti da contratti e quasi contratti in caso che il defunto si facea colpevole di dolo. Due opinioni tengono il campo di questa controversia; alcuni fondandosi sopra qualche passo opinano, che l'erede è obbligato solamente in quanto addiviene più ricco (r); mentre altri con più ragione vorrebbero che l'erede similmente come il testatore fosse obbligato *in solidum*. Imperocchè sarebbo inesplicabile, como l'erede, che è risponsabile di qualunque colpa commessa dal predecessore, non sia poi risponsabile del dolo e della colpa lata; oltrechè vi sono molte leggi in favore di quest' ultima opinione (s).

(3) Un passo di Paolo sembra contraddire al principio che solo dopo la *litis contestatio* le azioni penali si trasmettono agli eredi; ed il sommo giurista rammenta costituzioni imperiali giusta le quali le azioni penali trapasserebbero agli eredi, *si vivus conventus fuerit*. L. 33. de O. et act. (44. 7.). « Constitutionibus quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem trasmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.

Da questa legge alcuni fermamente credono, che, secondo il diritto novissimo, sia sufficiente la comunicazione dell' azione, affinchè le azioni penali potessero passare agli eredi (t). Una contraddizione in questa teoria non è possibile, nè si può accettare una modificazione per diritto imperiale, dappoichè nel Codice Diocleziano e Massimiano nella leg. un. C. *de delict. def.* (4. 17.), non che lo stesso Giustiniano nel §. 1. Inst. h. t. nominano espressamente la *litis contestatio;* onde si è pensato di conciliare questo passo con tutta la teoria. Comunemente l'armonia si trova in ciò, che Paolo in questo luogo non parla di qualunque azione penale ordinaria, ma di una pena fiscale, la quale era menata innanzi da un impiegato fiscale *extra ordinem*, ed in cui per costituzioni imperiali la comunicazione dell' azione era surrogata alla *litis contestatio*, che in questo caso non poteva aver luogo (u). Ora si potrà avere questa opinione per determinare l' originario pensiero di Paolo; ma questa interpretazione non vale nella legislazione giustinianea, in cui tutti i giudizii sono straordinarii; molto più vera è da tenersi la opinione di coloro, che applicano il pensiero di Paolo ad un caso speciale, il quale è quasi eccezione alla regola generale; e conchiudendo dicono, che punto di trasmissione per le azioni penali resta sempre la *litis contestatio*; ma quando l' azione è stata intentata , e la *litis contestatio* è differita per colpa del defunto, l' azione si trasmette contro agli eredi di lui, quasi come la lite fosse stata contestata, e contestata sarebbe se non fosse stata la colpa (v).

(r) §. 1. Inst. h. t. . . . . Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, quum testator dolose versatus sit, et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit. — L. 8. §. 1. de fideius. (27. 7.).

(s) L. 10. pr. com. div. (10. 3.). — L. 7. §. depos. (16. 3.). — L. 12. de O. et A. (44. 7.). *Pomp.* Ex depositi, et mandati, et tutelae, et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur. — L. 49. eod. — L. 121. §. 3. de V. O. (45. 1.). — L. 157. §. 2. de R. I. (50. 17.). *Ulp.* In contractibus successores ex dolo eorum, (quibus) successerunt, non tamen in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenetur, hoc est unusquisque pro ea parte, qua heres est. — L. 152. §. 3. eod.

(t) *Glück* VI. pag. 196.

(u) *Glück*, pag. 137. — *Savigny*, VI. p. 19.

(v) V. O. *Vangerow*, o. c. I. p. 145.

§. 87.

2) Estinzione dell' azione per prescrizione.

T. Inst. de perpet. et tempor. actionibus (4. 12.).—T.C. de praescr. XXX. vel. XL. annor. (7. 39.).—Eod. de annali exceptione Italici, etc. (7. 40.).—*Savigny*, Sist. V. §.

Quando un'azione si estingue, perchè l'attore trascurò di usare il suo diritto di agire nel tempo determinato dalle leggi, si dice che l' azione è prescritta. La prescrizione è uno de' più savii istituti del diritto romano, e viene giustificata da molte ragioni: innanzi tutto le relazioni giuridiche avrebbero continuamente un' incertezza senza la prescrizione, la quale circoscrive in un tempo determinato quella incertezza, e le relazioni giuridiche acquistano un carattere certo e diffinitivo, che qualunque eventualità non può distruggere. Questa certezza vien data dalla presunzione di legge che il diritto, del quale l' attore vuol far uso dopo il tempo dalla legge determinato, sia già estinto; imperocchè si suppone che l' interessato non avrebbe trascurato l' uso della sua azione per tutto il tempo, in cui corre la prescrizione, se il suo diritto non si fosse estinto per una circostanza qualunque, che dopo questo tempo è impossibile provare. In questo caso senza l' istituto della prescrizione tornerebbe qualche volta impossibile far prova della soddisfazione di un debito, essendosi forse sperduti i documenti o essendo morti coloro, che ne potevano far valida testimonianza. Finalmente, poichè il diritto d'intentare l'azione sta nell'arbitrio dell' attore, questi potrà in alcuni casi, col rimettere l' uso del suo diritto ad un tempo molto lontano, rendere difficile la difesa del reo convenuto, poichè, senza colpa di quest' ultimo, possono far difetto i mezzi di pruova, come p. e. per morte di testimoni. Tale sconcio è ovviato mercè l' istituto della prescrizione (a).

Affinchè un'azione potesse prescriversi sono necessarii i seguenti requisiti :

I. Fa d'uopo innanzi tutto che l'azione fosse *nata;* in generale l'azione dicesi nata, quando il rapporto col possibile convenuto *in concreto* è di tal fatta, che l' intentare l' azione contro di lui non incontra ostacolo legale. Per la qual cosa è da far distinzione tra azioni reali e personali: quelle sono nate non prima che avviene la violazione del diritto; queste nascono non appena il diritto stesso, che n' è fondamento, viene stabilito. Onde un' azione reale non potrà mai esser considerata come nata, quando si è stabilito il diritto reale, perchè prima che questo diritto non fosse violato non si conosce il possibile convenuto, nè avvi possibilità legale di far uso della propria azione reale. La prescrizione adunque della *rei vindicatio* p. e. non potrà mai cominciare a decorrere prima che un altro non si trovasse in possesso della nostra cosa, e non contraddicesse al nostro diritto di proprietà col non riconoscerlo: così il fittaiuolo, il comodatario cominciano a prescrivere contro la *rei vindicatio* del proprietario, solo d' allora che cominciano a possedere in proprio nome (b). Al contrario un' azione di vendita, di mutuo, di deposito è nata e s' incomincia a prescrivere, non sì tosto il contratto è perfetto; poichè da questo momento l' attore non incontra difficoltà legali ad intentare la sua azione (c).

(a) *Savigny*, l. c. §. 237. — Ved. Appendice VII.

In altre azioni personali la prescrizione non può incominciare dal momento che si è stabilito il diritto che n' è fondamento; così p. e. l'*actio pignoraticia in personam directa* non può essere usata prima che si sia estinto il debito fondato sul pegno, e per conseguenza la prescrizione non può cominciare a decorrere prima di questo tempo. Lo stesso si dica pel comodato, imperocchè, nascendo questa relazione giuridica dall' uso determinato di una cosa, non può essere stabilita nè l'azione, nè la prescrizione prima che l' uso non sia perfetto.

II. Il secondo requisito, affinchè un'azione si potesse dire prescritta, è il decorso del tempo stabilito dalla legge. In generale il tempo determinato dalle leggi, affinchè un'azione fosse prescritta, è di 30 anni eccettuata l'*actio hypothecaria* che si prescrive in 40 anni; tutte le azioni che si prescrivono in questo spazio di tempo si addimandano azioni perpetue. Ma oltre di queste azioni, che sono generalmente prescritte in 30 anni, altre ve ne sono le quali hanno un tempo molto più breve, e per conseguenza è mestieri distinguerle a categorie.

1) Per la *longi temporis praescriptio* le azioni di proprietà e quelle nascenti da un diritto reale (*speciales in rem actiones*) dovevano prescriversi in 10 e, in caso di assenza, in 20 anni, purchè il possessore dell'oggetto potesse provare avere i requisiti per l' usucapione necessarii, cioè il giusto titolo e la buona fede.

2) Le azioni pretorie tutte secondo Gaio (d) si dovrebbero prescrivere in un anno, ma secondo una determinazione più precisa di Paolo ed Ulpiano questa regola vale per le azioni *ex delicto*; sicchè le azioni pe-

(b) L. 2. 7, C. de praes. 30 ann. (7. 39.).

(c) L. 94. §. 1. de solus. (46. 3.).—L. 1. §. 22. deposit. (16. 3.).—Ved. annot. pag. 234.

(d) *Gai*. Inst. IV. 110. 111. Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare ; eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare — pr. Inst. de perpet. act. (4. 12).

nali tutte indistintamente si prescrivono in un anno eccetto l' *actio furti manifesti* (e).

Le azioni si prescrivono in un tempo più lungo, quando questo sia statuito dalle leggi per privilegio di persone. Appartengono al numero delle persone privilegiate:

1) Gl' impuberi contro quali non v' è prescrizione, ossia le azioni non si prescrivono mai durante la impubertà (f).

2) I minori sono privilegiati in ciò, che le azioni temporali non si prescrivono contro di loro; ma le perpetue vanno soggette alla comune prescrizione (g).

3) Le chiese secondo due Novelle di Giustiniano escono dalla regola generale e le azioni contro di loro si prescrivono in 40 anni, eccetto le azioni che si prescrivono in meno di 10 anni (h).

4) Il Fisco, pel quale bisogna far distinzioni tra azioni penali fiscali, azioni pei beni patrimoniali, ed azioni per imposte. Le prime si prescrivono in 20 anni, le seconde in 40, e le terze sono dichiarate imprescrittibili (i).

(e) L. 35. pr. de O. et Act. (44. 7.). — L. 3. §. 4. nautae (4. 9.). — L. 21. §. 5. rer. amot. (25. 2.).

(f) L. 3. h. t. (7. 39.): *Theod.* Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res, vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti 30 annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam iure in eius persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. §. 1. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, promeruisse responsum, vel etiam in iudiciis allegasse: nisi, allegato sacro rescripto, aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per exsecutorem conventio: non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollecitudinem pertinent curatoris, necessario eis, similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt. §. 2. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquis temporibus limitabantur. §. 3. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.

(g) L. ult. C. in quib. caus. (2. 41.). *Iust.* Sancimus favore imperfectae aetatis, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non curere, ne, dum in integrum restitutionem expectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, ne substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etenim est, intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere; videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus.

(h) N. 111. — N. 131. c. 6.

(i) L. ult. C. de fund. patr. (11. 61.). — L. 6. C. de fund. rei pr. (11. 65.). — L. 13. pr.

III. È mestieri in terzo luogo che questo tempo non sia interrotto. La prescrizione può essere interrotta per varie cause:

1) S' interrompe la prescrizione non appena l' attore esce dall' inazione e fa uso del suo diritto; si distinguono nondimeno le azioni temporali dalle perpetue, perocchè la prescrizione delle prime è interrotta solamente alla *litis contestatio*, mentre per le altre è sufficiente che l' attore notifichi la sua azione al convenuto (k).

2) La prescrizione può interrompersi con la semplice protesta, specialmente quando il convenuto è assente senza procuratori, o è demente, o non può esser tratto in giudizio per qualunque cagione.

3) S' interrompe ancora quando espressamente, o tacitamente si riconosce il diritto dell' attore.

4) Finalmente per un' azione che dovrebbe essere intentata contro un determinato possessore, la prescrizione è interrotta appena questi perde il possesso (l).

IV. Circa alle conseguenze della prescrizione bisogna far differenza tra azioni reali, ed azioni personali. La prescrizione delle prime distrugge il diritto di agire, ossia l' azione sola è estinta, e non il diritto reale (m); mentre nelle azioni personali col prescriversi l'azione si estingue nel medesimo tempo anche il diritto personale.

V. Fin dal tempo di Teodosio una volta intentata l'azione, era la prescrizione interrotta, nè era possibile un' altra prescrizione mentre pendeva la lite. Teodosio restrinse ancora questa durata, ed introdusse un'altra specie di prescrizione, che comunemente appellasi prescrizione della lite pendente.

Questa prescrizione era di 30 anni, ma Giustiniano accettandola l'allungò di dieci anni, cosicchè l' azione che pende in lite si prescrive secondo quest' ultimo legislatore in 40 anni (n), computando dall' ultima azione processuale.

---

de div. tempor. praes. (44. 3.). *Hermog.* In omnibus fisci quaestionibus, exceptis causis, in quibus minora tempora servari specialiter constitutum est, viginti annorum praescriptio custoditur. — L. 2. §. 1. — L. 3. 4. de requir. (48. 17.) — L. 1. §. 3. de iure fisci (49. 14.). — L. 6. C. h. t. *Anast.* . . . . Ideoque iubemus, eos, qui rem aliquam per continuum annorum quadraginta curriculum sine quadam legitima interpellatione possederint, de possessione quidem rei, seu dominio nequsquam removeri, functiones autem, seu civilem canonem, vel aliam quampiam publicam collationem eis impositam dependere compelli, nec huic parti cuiuscumque temporis praescriptionem oppositam admitti.

(k) L. 9. §. 3. de iureiur. (12. 2.). *Ulp.* Si is, qui temporalia actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, et iurem, eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio. — L. 8. in fin. de fideiuss. (27. 7.).

(l) L. 8. §. 1. C. h. t. (7. 39.),

(m) L. 8. §. 1. C. h. t. (7. 39.).

(n) L. 9. C. h. t. (7. 39.).

ANNOTAZIONI

(1) Per la natività dell' azione si è voluto costruire questa massima; *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*; ossia non appena la possibilità giuridica di far nascere l' azione è nella potestà del creditore, o meglio dipende da fatti, il seguire de' quali è in facoltà del creditore, si ritiene che l' azione fin da quel punto sia nata.

Questa massima non è giustificabile secondo il diritto romano; il principio che si allega per sostenerla cioè « in iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si conditio impleta fuisset (o) » è vero solamente quando il mettere ostacolo all'adempimento della condizione apparisca come ingiustizia o come frode. Invece mettendo a confronto questa massima con la presente teoria, la troviamo contraria alla legge; essa chiede che l'azione sia nata senza portare limitazione di sorta, perchè la prescrizione incominci (p); e qualora nella L. 7. §. 4. C. h. t., è detto, che quando vi è un contratto sotto condizione, la prescrizione corra dal momento che il contratto è perfetto e dopo che si è adempiuta la condizione, non può essere esclusa senza arbitrío da questa generale disposizione, la condizione che dipenda dalla potestà del creditore; in altri termini anche in questo caso la condizione deve essere adempiuta (q).

(2) Avvi controversia sulla natività dell' azione, stabilendo alcuni giuristi che per dirsi *nata* un' azione, sia assolutamente necessario che il diritto, da cui origina, fosse violato. Da questo principio traggono, che quando una relazione giuridica porta con sè un indugio alla sua soddisfazione, quando per esempio il debitore non paga immediatamente, ma rimane per qualche tempo debitore, l'azione non nasce con l' origine del diritto e dell' obbligazione corrispondente; ma dal momento che il creditore cerca di essere soddisfatto, d' allora medesimamente correrebbe la prescrizione. Così l' azione di mutuo o di deposito non è prescrittibile fin da quando fu perfetto il contratto, ma da quando il creditore ha chiesto il pagamento del suo, o le cose depositate (r).

L' argomentare di questi giuristi può esporsi così. Il concetto della natività dell' azione non è possibile prima che vi fosse un qualche turbamento nel diritto, poichè secondo la sua natura ciascuna facoltà d' agire ha due elementi essenziali, un diritto che è la ragione della sua esistenza, ed una violazione, che suscita l'esercizio di quella facoltà: senza di questa violazione il diritto non potrà prendere mai la forma di azione (s). Secondamente uno dei motivi che giustificano la prescrizione dell'azione è la trascuranza dell' attore, la negligenza di agire; ora non si potrà certamente far parola di trascuranza e negligenza, quando l' attore non ebbe occasione di esercitare il suo diritto.

Questo ragionamento non è giusto secondo lo spirito delle nostre leggi. Il primo argomento non è esatto; imperocchè si confonde il diritto dell' azione con la opportunità del suo esercizio: e di vero in tutte le obbligazioni nascenti da contratti, af-

(e) L. 161. de R. J.

(p) L. 3. C. h. t. (7. 39.). — L. 1. §. 1. C. h. t. (7. 40.).

(q) *Unterholzner*, praescr. II. §. 260.—*Savigny*, o. c. pag. 282. — *Puchta*, comp. §. 20.

(r) Ved. *Puchta*, Pand. §. 9. Lezioni §. 186.— *Schweppe* I. §. 170.—*Savigny*, V. §. 239.

(s) *Savigny*, l. c. pag. 6.

finchè fosse stabilita l'azione, non si richiede altro che la perfezione del vincolo giuridico; e la violazione del diritto, va sempre non altrimenti considerata che qual motivo di produrre l'azione: ciò che già suppone che questa fosse in diritto precedentemente stabilita. Nè più felice è il secondo argomento, cioè che in un mutuo p. e. non sia possibile immaginare omissione da parte del creditore, prima che questi non abbia domandata al debitore la somma mutuata senz'ottenerla, e che per conseguenza prima di questo momento non possa aver principio la prescrizione. La negligenza o l'omissione di muovere l'azione non ha tanta importanza in questa teoria da esser posta come essenziale fin dal principio, nè essa è stata mai la *conditio sine qua non* pel principio della prescrizione; ha avuto soltanto una certa pratica importanza, in quanto che nel non uso dell'azione già stabilita per un lungo tempo si manifesta tale indifferenza ch'è giusto immaginare l'abbandono di quel diritto, od una soddisfazione forse non provabile. Oltrechè nel caso supposto da' nostri avversarii già si manifesta l'indolenza nell'attore che non chiede il suo, quando l'altro non ha adempito il dì che dovea. Così nel principio di quei giuristi si manifesta immediatamente la contraddizione con lo spirito non solo, ma con le medesime parole della legge.

Dove finalmente si dichiara massimamente erronea siffatta dottrina è nell'applicazione. E di vero quel debitore il quale volesse opporre ad un'*actio mutui* l'eccezione di prescrizione, dovrebbe provare il principio della prescrizione medesima, ossia il giorno che la somma fu chiesta dal creditore. Da ciò segue naturalmente, che se non vi è stata domanda da parte del creditore, o se il debitore non potrà provare la esistenza di tale domanda dell'attore, l'azione potrà essere promossa legalmente dopo qualche secolo dagli eredi degli eredi; o meglio potrà benissimo succedere che un'azione di mutuo per questa via sia imprescrittibile, per non potersi provare il cominciamento della prescrizione.

Come abbiam veduto la nostra opinione non può essere più retta secondo le leggi, quantunque i sostenitori della contraria si sforzino ad interpretare a modo loro i passi citati; così p. e. nel passo di Papiniano, « Sin autem communes nummos credam aut solvam, *confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio* », il *Savigny* vorrebbe provare che la parola *confestim* non sta per opposizione alla domanda del creditore, ma per contro alla *consumtio nummorum;* poichè, stabilendo dapprima Papiniano che quando si dà danaro altrui, il mutuo è perfetto allora che la somma è consumata, qui determina che, se si è data una somma in comune; non avvi bisogno come prima della consumazione di quella. Non è da dubitare dell'esattezza di questa interpretazione; ma ciò non toglie nulla al nostro argomento; giusto perchè Papiniano, nell'esprimere il pensiero che dall'immediata formazione del mutuo si origina l'*actio mutui*, fa risultare chiaramente che con la esistenza del mutuo nasce l'azione. Naturalmente questa regola vale allora solo che il contratto di mutuo non va sottoposto a modi: giacchè in questo caso la prescrizione non può incominciare dall'origine del diritto personale; se il mutuo è stato fatto per un determinato tempo, prima del termine non può esservi parola di prescrizione.

L'interpretazione data dal *Savigny* alla leg. 1. §. 22. *depositi* (16. 3.), sembra che contrastasse alla nostra opinione, a sostegno della quale portavamo quella legge medesima. Essa è concepita in questi termini: « Est autem et apud Iulianum lib. « XIII. Dig. scriptum, eum, qui rem deposuit, *statim posse depositi agere* ».

Se a queste parole della legge si fanno immediatamente, secondo fa *Savigny*, seguire queste altre « hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, *quod reposcenti* « *rem non reddat* » essa starebbe contro di noi, poichè la natività dell'azione sarebbe dipendente dal *reposcere*; ed il vocabolo *statim* al principio del passo non avrebbe altra importanza di questa, che appena seguita la domanda della restituzione, l' azione può essere prodotta. Quest' interpretazione è erronea; imperocchè quando si congiungono le mentovate parole coi §§. 20 e 21, o si leggesse il §. 22. fino alla fine (*condemnationis tempore*), appare senza dubbio che quel *reposcere* non si riferisce l' azione da produrre dopo la domanda del creditore, ma all'*actio depositi* medesima; ed il senso sarebbe il seguente: l'*actio depositi* potrà, immediatamente dopo trasferito l'oggetto, venire attuata; e quando il convenuto non restituisca le cose, allora vi è dolo, che ha per conseguenza la condanna del convenuto (t).

(3) È questo punto molto controverso nelle scuole di diritto, dappoichè mentre tutti si accordano per l'effetto delle azioni reali, differiscono di opinione in riguardo alle azioni personali; la prescrizione delle quali avrebbe secondo alcuni effetto di distruggere solamente l' azione e non il diritto, rimanendo un' obbligazione naturale (u). I sostenitori di questa opinione cercano difendere la loro dottrina così:

a) Che si debba ritenere, che dopo la prescrizione dell' azione personale resti una naturale obbligazione per analogia delle azioni reali; poichè, come in questa la prescrizione estingue solamente l'azione e non pure il diritto reale, così nelle azioni personali estinguerebbe l' azione, lasciando una obbligazione naturale.

b) In secondo luogo è regola di diritto romano, che quando è ammessa una eccezione *in odium creditoris*, e non *in favorem debitoris* rimane sempre un'obbligazione naturale (v). Ora la prescrizione dell' azione appunto è una pena alla negligenza dell' attore, come è detto espressamente in molte leggi (x): onde segue che quando l' azione è resa inefficace da un' eccezione, rimane sempre una *naturalis obligatio;* il che si rileva ancora più chiaramente da ciò, che le leggi al proposito non parlano che di una *submotio*, ovvero *extinctio actionis*, ma non della estinzione dell' obbligazione per prescrizione (y).

c) Finalmente sarebbe decisivo per la loro opinione il fatto, che allora quando un' azione di credito è estinta per prescrizione, rimane ciò non pertanto il diritto di pegno pel creditore, il che non potrebbe conciliarsi con l' estinzione totale dell' obbligazione (z).

Tutti questi argomenti sono di tal natura che meritano tutta la nostra attenzione, ciò non di meno teniamo fermo alla contraria teoria; provando a confutare nella seguente maniera i tre punti di sostegno dei nostri avversarii.

(t) *Savigny* L. C. pag. 299.

(u) Ved. *Savigny*, p. 366.—*Puchta*, comp. §. 92. — Lezion. I. P. 192. — *Unterholzner*, prescr. §. 258. — *Mühlenbruch*, comment. XXXV. pag. 462.

(v) L. 19. de cond. ind. (12. 6). *Pomp.* Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repetere non potest. — L. 40 p. conf. con. la L. 51. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 9. §. 4. 5. — L. 10. ad S. C Maced. (14. 6.).

(x) L. 3. C. de praescript. 30. an. (7. 39.).—L. 2. pr. C. de annali except. (7. 40.). Iust. Ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter *desides* et *vigilantes* differentia, sancimus: reliq.—L. 3. fin. eod.

(y) L. 3. 4. 7. C. de praescr. 30. an. (7. 39.).

(z) L. 7. C. eod. — L. 2. C. de luit. pign. (8. 31.). *Gord.* Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.

Riguardo al primo argomento, non vi potrà essere perfetta analogia tra gli effetti nascenti dalle azioni reali, e quelli che nascono dalle personali, per la natura tutta differente delle due specie di azioni. Il diritto di obbligazione è precisamente l' opposto del diritto reale; il primo consiste in ciò, che una persona può pretendere da un' altra qualche cosa, cosicchè l'oggetto è determinato e circoscritto ad una determinata persona; laddovechè il diritto reale consiste nel totale o parziale dominio di una cosa, ed è indipendente dall' azione di qualunque terzo. Non sarebbe quindi naturale, se la prescrizione estinguesse anche il diritto reale con la estinzione dell' azione; come per contrario è questa conseguenza naturalissima nel diritto di obbligazione, cioè che la prescrizione, estinguendo l'azione, estingua nel medesimo tempo il diritto stesso, il quale non potrebbe per sua natura farsi valere che verso quella persona, che oramai n' è al coverto per prescrizione. È per ciò che in molti passi *actio* è preso per sinonimo di *obligatio* (aa).

2) La nostra opinione non sta in contraddizione della regola di diritto, che quando è ammessa una *exceptio in odium creditoris*, e non *in favorem debitoris* resta una obbligazione naturale: accettiamo la regola, ma non l' applicazione che vuol farsene. Quei giuristi avrebbero ragione, se l' istituto della prescrizione stesse a punizione dell' attore; ma si potrebbe loro domandare, che cosa si punisce in lui? Per ammettere il loro principio che credono essenziale alla prescrizione, bisognerebbe dire che il non produrre un' azione sia atto illecito e punibile, altrimenti la pena sarebbe illogica. È inutile ricordare in questo luogo qual sia il principio fondamentale della prescrizione dell'azione, e di tutte le prescrizioni in generale. Onde se la prescrizione non per *odium creditoris*, ma per tutt' altro motivo si oppone all'azione, è forza conchiuderne ch' è una eccezione perpetua la quale annulla ancora l'obbligazione. Il *Savigny* per sfuggire a questo argomento, che non poteva non essere da lui preveduto, non eccetta la distinzione, che pure è secondo i fonti, tra *exceptiones in odium creditoris, vel in favorem debitoris comparatae*, dicendola un' astrazione dei giuristi romani in due casi speciali, cioè del SC. Macedonio, e del SC. Velleiano; ed in vece ne stabilisce una tutta propria, ossia di eccezioni che nascono dal diritto civile, e di quelle nascenti dal diritto delle genti; questa nuova distinzione non solo non si trova nei fonti, ma è in contraddizione con essi (bb). Dall' altra parte l' espressione dei fonti *submotio*, *extinctio actionis* può benissimo significare l'estinzione della obbligazione; e che questo sia poi il vero significato di quella espressione si rileva da ciò, che in molti frammenti la estinzione del diritto stesso è sancito nominatamente come l' effetto della prescrizione estintiva. Leg. 4. C. h. t.: *nullumque ius........ quod praedictorum 40 annorum extinctum est, iugi silentio* (cc).

3) Il terzo argomento è di una difficoltà rilevante. Teodosio nella legge 3. cit.

(aa) L. 3. pr. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp.* Bona autem hic, et plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent; sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in *actionibus*, in hoc loco proprie bona appellabuntur.—conf. L. 49. 91. de V. S. (50. 16.). *Paul. Meorum* et tuorum appellatione *actiones* quoque contineri dicendum est. — L. 8. §. 7. 11. — L. 24. §. 3. ad SC. Vellejan (16. 1.).

(bb) Ved. Fragm. Vat. §. 266. — *Savigny*, l. c. pag. 375.

(cc) Ved. leg. 9. de praescr. 30 ann. (7. 39.).

ordinò che tutte le azioni fossero soggette a prescrizione, meno alcune; e tra le altre l'azione ipotecaria fu determinata come imprescrittibile. Giustiniano sancì la prescrittibilità di tutte le azioni indistintamente, eccettuandone quanto al tempo l'azione ipotecaria, per la quale segnò il termine di 40 anni. Se dunque l'azione per la obbligazione principale dovevasi estinguere dopo 30 anni, e l'azione ipotecaria doveva durare ancora 10 anni, ciò pare che debba spiegarsi nel senso che, estinta per prescrizione l'azione, rimanga nondimeno un'obbligazione naturale. A questo si aggiunge il famoso rescritto di Gordiano L. 2. *C. de luit. pign.*: *Intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota.*

È fuori dubbio che il diritto di pegno sussista anche quando per prescrizione è estinta l'obbligazione principale; ma ciò nasce dal carattere speciale del diritto di pegno, pel quale sono dalla legge tassati i modi di estinzione a questi: pagamento del debito, soddisfazione diversa del creditore, o rinuncia (dd). Non potendo l'estinzione per prescrizione agguagliarsi ad uno di quei modi, l'azione pignoratizia non si estingue, e per questo caso si può dire con Paolo L. 59. ad SC. Trebell. (36. 1.). *remanet propter pignus obligatio naturalis*. Per la qual cosa non perchè estinguendosi l'azione del credito rimanga una obbligazione naturale, e perciò dura il diritto di pegno, ma a rovescio; per le speciali regole sulla estinzione del pegno, finchè questo dura, dura anche l'obbligazione naturale; quandochè se non vi è diritto di pegno, viene ad estinguersi anche il diritto principale (ee).

4) La verità della nostra teoria si fa ancora più chiara quando si parla delle azioni temporali, i cui principii possonsi applicare alle azioni perpetue, poichè Teodosio sulla base delle azioni pretorie sancì la prescrizione per tutte le azioni. Ebbene per le azioni temporali non solo è detto in parecchi frammenti, che *obligatio*, o *causa* o *res certo tempore finitur* (ff), ma troviamo espressamente che prescritta l'azione, non si potrà costituire la *fideiussione*, e termina quella già esistente, nè si potrebbe più ammettere il *costitutum*, estinta l'azione temporale (gg). Da tuttociò è chiaro, che, compiuta la prescrizione, non si può per regola riconoscere obbligazione naturale (hh).

(dd) L. 13. §. 4. de pignor. (20. 1.). *Marcian.* Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, *si soluta est pecunia, aut satisfactum est*, quibus cessantibus tenet; et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satis dederit, et damnatus sit aeque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo, sive cum fideiussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata; nec per hoc videtur *satisfactum creditori*, quod habet iudicati actionem. — L. 38 §. 5. de solut. (46. 3.).

(ee) *Büchel*, dissert. civili N. 1. Marb. 1832. — *Vangerow*, o. c. l. §. 151.

(ff) L. 8. pr. neg. gest. (3. 5.). *Ulp.....* Certe in sua persona indubitatum est; et ideo si ex causa fuit obligatus, *quae certo tempore finiebatur*, et tempore liberatus est, nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus. — L. 1. §. 7. de cont. tut. act. (27. 4.). — L. 55. de legat. (30.). — L. 6. de O. et A. (44. 7.). *Paul.* In omnibus temporalibus actiones, nisi novissimus totus dies compleatur, non *finit* obligationem. — L. 2. C. in quib. caus. (2. 41.).

(gg) L. 37, de fideiuss. (46. 1.). *Paul.* Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. — L. 38. §. 4. de solut. (46. 3.). — L. 25. §. 1. rat. rem. hab. (46. 8.). — L. 18. §. 1. de const. pec. (13. 5.).

(hh) Ved. *Heimbach*, giorn. di Giessen 1.° pag. 436. Büchel — L. C. *Thibaut*, 8.° edizione §. 10. 12., 9.ª ediz. §. 205.—*Wening*, §. 43.—*Schilling*, II. §. 116.—*Vangerow*, l. c.

§. 88.

Del concorso delle azioni

Donelli, Com. jur. civ. lib. XXI. c. 3. — *Averani*, Interpret. lib. III. c. 14. 15. — *Savigny*, De concursu delict. formali, Marb. 1800. — *Zimmern*, Delle azioni nossali. — *Savigny*, Sist. V. §. 231.

Come pei diritti così per le azioni possiamo avere un concorso. Si segnano quattro casi; concorso elettivo, cumulativo, successivo e sussidiario.

1) Si ha un concorso elettivo quando di due azioni l' uso di una esclude l'altra; è un concorso cumulativo, quando molte azioni possono promuoversi tutte unitamente o di seguito: un concorso successivo quando tale azione deve seguire rigorosamente tale altra, da cui necessariamente dipende; un concorso sussidiario finalmente, quando un' azione è prodotta in sussidio, non avendo la prima potuto ottenere lo scopo.

2) Il principio che decide nel concorso diverso delle azioni è il seguente. Quando le azioni che concorrono hanno identità di scopo, si ha allora che l'attore, producendo una, esclude le altre; poichè già con quella prodotta ottiene lo scopo desiderato, vi è per conseguenza un concorso elettivo o alternativo di azioni. Quando diverse azioni seguono diversi fini de' quali uno dipende dall' altro, l'attore dovrà prima produrre l'azione nascente p. e. dalla obbligazione principale, poi quella dell' accessoria, ed in questo caso si ha un concorso successivo. Quando molte azioni preseguono dritti di diversa natura, cosicchè un' azione non fa ostacolo all' altra, ma che l'attore potrà produrre una indipendentemente dall' altra, si avrà il concorso cumulativo di azioni. In rapporto al concorso sussidiario di azioni si ha regole speciali corrispondenti al carattere tutto speciale di quelle azioni, le quali vengono determinate in diritto come sussidiarie. Queste, come la *in integrum restitutio*, l'*actio doli mali, quod metus causa*, la *querela inofficiosi testamenti* od *inofficiosae donationis* e l'*actio funeraria* possono essere intentate solamente quando sono esauriti i mezzi ordinarii, e perciò sono escluse da questi ultimi; in questo caso, se l' attore potrà giungere allo scopo con i mezzi ordinarii, l'azione sussidiaria non ha ragione di essere. Per la qual cosa le azioni sussidiarie non vengono in concorso con le azioni ordinarie, ma possono concorrere tra loro, così l'*actio quod metus causa* può concorrere in modo elettivo con la in *integrum restitutio*.

SEZIONE IV.

DELLE ECCEZIONI.

T. Inst. de exceptionibus (4. 13) — T. D. De exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis (44. 1)—T. C. De exceptionibus seo praescriptionibus (8. 36)— *Gai.* Inst. IV. §. 115. sqq. — *Savigny*, Sist. V. §. 226. ss.— *Zimmern*, Storia del dritto privato romano §. 91 a 98.

§. 89.

I. Concetto delle eccezioni.

1) S'intende per eccezione un mezzo civile dato al reo convenuto per tutelare un suo diritto contro l'azione dell' attore; è dato a questo mezzo di tutela il nome di eccezione, poichè è destinato a produrre l' assoluzione del reo convenuto per eccezione, ossia anche quando è valido il diritto dell' attore al quale si oppone (a).

Il reo convenuto potrà opporsi al diritto dell'attore in varie guise:

a) Negando recisamente il fatto, dal quale scende il diritto dell'attore.

b) Adducendo altri fatti, per mezzo dei quali vien provato che il diritto dell'attore non è perfetto, ovvero è estinto, ossia che presentemente non esiste.

c) La eccezione può venire da un diritto che si appone a quello dell' attore, il quale quantunque esistente ed effettivo, non può essere esercitato con efficacia contro il reo convenuto.

I primi due modi, ognuno in certa maniera, negano la esistenza del diritto dell'attore; mentre nell'ultimo si oppone ad un diritto un altro, che rigetta il primo; quest' ultima è l'eccezione nello stretto significato della parola (b).

2) L'eccezione, nascendo da un diritto del reo convenuto, è di sua natura un'azione del convenuto, che si oppone ad una violazione prodotta dall' azione dell'attore. Da ciò risulta che quello stesso diritto, che può esser difeso per mezzo dell' azione, può secondo i casi esser tutelato da una

---

(a) *Ulp.* 2. pr. h. t. Exceptio dicta est quasi quaedam exclosio, quae inter opponi actioni cuiusque rei solet ad exclodendum id, qood in intentionem condemnationemve deductum est.— V. Appendice VI. alla fine del capitolo (III.).

(b) Pr. Inst. h. t. . . . Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia , cum quibus agitur ; saepe enim accidit, ut , licet ipsa persecutio , qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum , cum quo agitur.— L. 1. D. h. t. — L. 9. 19. pr. de prob. (22. 3).

eccezione (c); ogni azione adunque può essere usata come eccezione, ma non viceversa ogni eccezione può avere la forma dell'azione, poichè il diritto di eccezione può esistere senza che vi esistesse un diritto che fonda un'azione solamente come mezzo di difesa contro il diritto altrui (d).

§. 90.

II. Specie delle eccezioni.

I. Essendo l'eccezione un diritto del convenuto, ed avendo il medesimo principio dell'azione, sono applicabili le stesse regole delle azioni: così le formole delle eccezioni parte trovavansi nell' editto, e parte secondo i casi speciali erano fatte dal Pretore, le quali appellavansi ancora *exceptiones in factum* come le azioni; alcune nascono dal diritto civile ed altre dal *ius praetorium*. Similmente, come le *utiles actiones*, quelle eccezioni, le quali erano determinate per alcuni casi, furono estese ancora ad altri.

Le eccezioni hanno inoltre una propria divisione ch' è questa:

1) Le eccezioni sono perpetue o perentorie, temporali o dilatorie; queste ultime protraggono il diritto o l'azione dell'attore ad altro tempo; le perentorie o perpetue all' opposto sono eccezioni che distruggono per sempre l'azione dell' attore (a).

2) Le eccezioni sono *personae o rei cohaerentes*, le prime possono esser prodotte da colui che ne ha proprio e singolare diritto, ossia dal convenuto; le *rei cohaerentes* al contrario possono esser prodotte anche da altre persone le quali rappresentino il convenuto in giudizio, come eredi, compratori, fideiussori, ecc. Queste ultime formano la regola generale, le prime rappresentano solamente una eccezione.

Le norme intorno alle eccezioni sono le seguenti:

1) *Reus in exceptionibus actor fit.* Il convenuto nel produrre una eccezione allega un fatto, dal quale rileva non potere l'attore usare contro di lui il suo diritto; ora come l'azione poggia sopra un fatto, per cui vi è l'obbligo dell' attore di provarlo, così il convenuto ha l'obbligo di pro-

---

(c) L. 1. §. 4. de superf. (43. 18).—L. 156. §. 1. de R. I. *Ulp.* Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

(d) L. 1. §. 4. de dolo malo (4. 3). — L. 7. pr. de pacti (2. 14). *Ulp.* Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. — Ved. L. 7. §. 4. eod.

(a) *Gai.* L. 3. h. t.: Exceptiones aut *perpetuae* et *peremtoriae* sunt, aut *temporales* et *dilatoriae*. Perpetuae atque peremtoriae sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, qualis est, doli mali, et rei iudicatae, et si quid contra leges senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.—L. 2. §. 4. h. t.—§. 8-11. Inst. h. t.— *Gai.* 120, 125, 133.

vare quel fatto, sul quale si fonda la sua eccezione. Perchè ha obbligo della pruova, il convenuto fra le parti dell' attore, e questi si rappresenta come il convenuto.

2) *Qui excipit non fatetur.* La eccezione come si è detto si oppone all' azione dell' attore; il convenuto cerca per mezzo di essa essere assoluto, anche non negando il diritto dell' attore, ma opponendone uno proprio. Egli nel produrre in giudizio la eccezione incomincia col confessare il diritto dell' attore, e poi ne oppone a quello uno proprio; ora la confessione del convenuto non fonda gli effetti della confessione in giudizio, ossia la condanna del convenuto stesso (§. 92.).

II. Dalla natura della eccezione possiamo ricavare le regole della sua estinzione. L'eccezione, nascendo da un diritto del convenuto, si estingue quando questo diritto vien meno: parimente va perduta quando non fu prodotta nella contestazione della lite. Sono annullate le eccezioni per pena:

a) quando un fideiussore nega d'esser tale;

b) quando il socio si nega per tale, perde il *beneficium competentiae;*

c) quando il figlio di famiglia contrae un debito facendosi credere padre di famiglia, perde la eccezione del SC. Macedoniano (b).

Le eccezioni *personae cohaerentes* si estinguono con la morte della persona; le dilatorie trascorso il tempo e mutate le circostanze; le perpetue di regola non si prescrivono , finchè non sia stata intentata l'azione , poichè non dipende dal convenuto lo stabilire il tempo in cui dev' essere convenuto in giudizio (c).

ANNOTAZIONE

Una regola tutta speciale hanno le leggi per la *exceptio doli;* questa dapprincipio poteva allora solo essere prodotta, quando l'attore stesso era colpabile di frode detta *exceptio doli specialis ;* ma per una necessità della pratica essa fu estesa oltre il suo campo originario e fu introdotta *l'exceptio doli generalis* (d).

(b) L. 1. Cod. SC. Maced. (4. 28.). *Pertinax.* Si filius, quum in potestate esset, mutuum a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret, eiusque affirmationi credidisse te ius a ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

(c) L. 5. §. 6. de doli mali excep. (44. 4.). *Paul.* Non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit quum actor quidem in sua potestate habeat , quando utatur suo iure , is autem , cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. — L. 5. 6. C. h. t.

(d) L. 4. §. 33. de dol. mal. except. (44. 4.). *Ulp.* Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae generalis est. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: *si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, L' eccezione di dolo poteva avere anche luogo, secondo questa nuova regola, quando l'attore conosceva tale circostanza, tale fatto pel quale la condanna del convenuto anche legale sarebbe stata *iniqua*, e ciò non ostante egli produceva e menava innanzi la sua azione. Quasi tutte le eccezioni potevano vestire il carattere di *exceptio doli*, qualora si poteva provare essere quella circostanza di fatto conosciuta dall'attore, e, ciò ch' è più rilevante, potevano essere prodotte anche nel corso della esecuzione della sentenza: così la *exceptio* SC. *Velleiani* e *SC. Macedoniani*. Come è naturale questa estensione dell' *exceptio doli* fu introdotta nei giudizii di buona fede, in cui il giudice, anche senza l' autorità del magistrato, poteva ammettere un' *exceptio doli* (e).

§. 91.

III. Replicazione e duplicazione.

T. Inst. de replicationibus (4. 14.).

L'eccezione, come si è detto di sopra, ha fondamento sopra un diritto del convenuto che si oppone a quello dell' attore, e però, come la legge dà al convenuto questo mezzo legale per difendersi dalle pretensioni dell' attore, similmente è mestieri che garantisca l'attore contro la pretensione del convenuto, che viene sotto forma di eccezione. Questo mezzo dato all' attore per difendere il suo diritto dalle pretensioni del convenuto chiamasi *replicazione*, la quale, similmente come l' eccezione, può toglier forza al diritto del convenuto (a). È per ciò che la *replicatio* è riguardata come l'eccezione, e ne ha tutto il carattere; essa tende a riaffermare quel diritto che l'attore allegava per mezzo dell' azione, e ciò anche riconoscendo il diritto del reo convenuto, ma coll' addurre altre circostanze ed altri fatti per mezzo de' quali quest' ultimo diritto vien considerato come di nessuna efficacia; con altri termini, non ostante il diritto del convenuto, l'attore cerca farlo condannare in forza della sua azione: se, a mo' d'esempio un fondo venisse rivendicato, l'azione rivendicatoria può essere resa inutile dalla eccezione del convenuto, che asserisce avere un diritto di locazione su quel fondo che si vorrebbe rivendicare; ma se l'attore replica d'essere stato fraudolentemente spinto a tale contratto, e colla *replicatio doli* cerca distruggere la *exceptio* del convenuto, questi non

---

sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit; et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut metum non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obiici possit.

(e) L. 21. sol. matr. (24. 3.). — L. 68. §. 1. de. cont. emt. (18. 1.).—L. 3. de rescind. vend. (18. 5.).

(a) L. 2. §. 1. de except. (44. 1.). *Ulp.* Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco obiiciatur, ut exceptionem oppugnet.— L. 22. §. 1. eod. *Paul.* Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.

ostante il suo diritto di locazione, sarà condannato alla restituzione dell' oggetto con ogni pertinenza.

Egli è inutile determinare più regole su questo proposito, essendo le medesime di quelle che abbiamo notate per le eccezioni (b).

Questo procedimento si può replicare dall' altra parte, e come abbiamo veduto che il diritto dell' attore s' opponeva con la *replicatio* all' *exceptio* del convenuto, similmente non si potrebbe negare un egual diritto a quest'ultimo per difendere la sua eccezione, ed opporsi alla *replicatio* dell'attore; questo novello mezzo giuridico appellasi *duplicatio*, colla quale il convenuto cerca anch' esso, riconoscendo pure il diritto che l'attore ha riaffermato con la *replicatio*, di far valere la sua eccezione, ed essere assoluto (c).

Questo si può, se è necessario, ripetere infinitamente, e possiamo similmente avere una *triplicatio, quadruplicatio* e così via via (d).

SEZIONE IV.

ATTI DEL PROCESSO.

§. 92.

I. Litis contestatio.

T. C. de litis contest. (3. 9.). — *Winckler*, Discrimen int. lit. contest. iure veteri et hodierno. Lips. 1715. — *Wachter*, Teoria della influenza del procedimento sul diritto materiale. — *Savigny*, Sist. VI. § 256.

Dopo che era stata intentata l'azione le parti o i loro rappresentanti dovevano comparire in giudizio nel tempo dalla legge determinato. Quivi l'attore doveva verbalmente esporre con più particolarità e diffusione il suo reclamo *(narratio)*, al quale il convenuto rispondeva *(contradictio)*, ed in questo modo il processo era solamente aperto (1). L'atto, con cui le parti accettavano il processo, giurando che esse avevano coscienza della giustizia dei loro reclami, dicevasi *litis contestatio* ed era il primo atto processale per la decisione definitiva (a).

(b) *Gai.* Inst. IV. §. 226.—L. 48. de proc. (3. 3.). — L. 32. §. 2. ad SC. Vellei. (16. 1.).— L. 154. de R. 1. (50, 17.).

(c) §. 1. Inst. de. except. (4. 14.). Rursus interdum evenit ut replicatio, quae prima facie iusta sit, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur.

(d) L. 2. §. 3. eod. *Ulp.* Sed et contra replicationem rursus (quadruplicatio): et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus, aut actor abiicit. — §. 2. Inst. de except. (414).

(a) L. un. C. h. t. *Sever.* et *Ant.* Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postula-

I. La *litis contestatio* ha grande valore ed efficacia, e precisamente è punto di mezzo pel diritto di un individuo; essa riguarda il passato in rapporto, come i giuristi dicono, alla consumazione dell' azione, e l'avvenire in rapporto alle conseguenze della medesima. Questo atto processale produceva nella legislazione anteriore a Giustiniano una trasformazione, inquantochè distruggeva il diritto anteriore reale o personale che fosse, ed originava una novella obbligazione, producendo così una novazione (b). Questa permutazione che distrugge e crea non è più in vigore nella legislazione di Giustiniano nel senso, che la *litis contestatio* non annulla il primitivo diritto, ma dà origine nondimeno ed ancora oggi ad una nuova obbligazione (c). La ragione è che bisognerebbe perchè la tutela dei diritti fosse perfetta, che il giudice, udite le parti, desse fuori incontanente la sentenza in favore del giusto querelante: questo raramente accade, ma spessissimo dalla contestazione della lite alla sentenza definitiva corre alcun tempo. Ora l'attore, supposto che giustamente faccia richiamo, non deve esser nociuto dal ritardo, e dopo finale sentenza convien che riceva i suoi diritti, quali avrebbe al momento del reclamo. Da questo principio deriva, che l'attore ha diritto che la condanna del convenuto segua conforme alla contestazione della lite, così che la sentenza tanto gli dia quanto avrebbe avuto in allora: e non solo ciò, ma ha diritto ancora che lo stato delle cose fin d'allora assicurato, vale a dire che la condanna abbia luogo, anche quando le condizioni giuridiche della lite manchassero durante il processo.

II. In virtù di questo principio vi sono le seguenti regole:

1) La contestazione della lite estingue la prescrizione delle azioni temporali, ed è il punto di partenza per la prescrizione della lite pendente (§. 85).

2) La *praescripio longi temporis* è anch' essa interrotta dalla *litis contestatio* (d); ma la *praescript. longi temp.* s'interrompe col solo notificare l'azione al convenuto.

L' usucapione esce perfettamente da queste regole, poichè essa continua anche dopo la contestazione della lite; sebbene il più delle volte que-

---

tio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causa audire coeperit. — Ved. anche *Iustin.* L. 14. §. 1. de iud. (3. 1.): cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem obiectam.

(b) *Gai.* Inst. III. 180, 181. IV. 106, 108. — L. 11. §. 1. de nov. (44. 2). *Ulp.* Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

(c) L 23. de solut. (46. 3.). — L. 28. de fideius. (46. 1.).

(d) L. 2. C. ubi in rem actio (3. 19.). — L. 10. C. de. praescript. h. t. (7. 33). Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio, post moram litis contestatae completa, proficit, quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.

sta eccezione non giovi al convenuto, poichè se viene condannato, e l'attore era vero proprietario nel punto della *litis contestatio*, egli è obbligato alla restituzione dell' oggetto (e).

3) La contestazione della lite è norma e misura per la sentenza, e specialmente:

a) Per le azioni reali la *litis contestatio* determina gli obblighi del possessore di buona fede; inquantochè dal momento della contestazione della lite egli è considerato come possessore di mala fede, e la sua condizione è la stessa dopo la contestazione che quella del possessore di mala fede prima di essa: per conseguenza egli è responsabile di dolo e colpa, ed è obbligato a restituire non solo i frutti *extantes*, ma ancora i *consumpti*, e indennizzare i *percipiendi*. Non sono diverse le conseguenze per il possessore in mala fede, dappoichè dalla *litis contestatio* è considerato come moroso; e per conseguenza non è più responsabile solamente di dolo o di colpa, ma ancora del caso fortuito, ed è condannato ad indennizzare non solo i frutti negligentati, ma ancora quelli che il proprietario avrebbe potuto percepire se fosse stato in possesso della sua cosa.

b) In quanto alle azioni personali vi sono conseguenze simili, poichè il convenuto è obbligato dalla *litis contestatio* di restituire i frutti anche trascurati, quantunque fosse stato prima obbligato alla prestazione de' frutti; ovvero se l'obbietto della obbligazione è la moneta, sarà sempre obbligato agl' interessi anche non convenuti, detti perciò interessi della lite (f).

ANNOTAZIONI

Non è di piccolo interesse esaminare qual sia la regola in caso che l'azione non fosse fondata. Può avvenire che il fondamento dell' azione non esista al momento della *litis contestatio*, e nasca per l'attore durante il processo; ovvero può essere esistente al momento della *litis contestatio*, ed estinguersi durante il processo.

1) Nel primo caso l'azione dev' essere respinta, poichè è impossibile immaginare una *litis contestatio* sopra una azione di nessun fondamento; ma naturalmente ciò non impedisce di produrre una nuova azione. *Paul.* « Non potest videri in iudi-
« cium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset; ideoque alia interpella-
« tione opus est (g).

Senza ragione alcuni giuristi fanno eccezione per i giudizii di buona fede, in cui la *litis contestatio* potrebbe reggere anche quando il fondamento dell'azione venisse durante il giudizio. Essi argomentano massimamente dal seguente passo di Paolo: « Si mandavero tibi, ut tu a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati « tecum agero, si ante rem iudicatam exigeris, condemnandum te esse constat ». (h); ma, come saviamente osserva il *Savigny*, in questo caso è già nata l'azione di mandato prima della contestazione; e la riscossione fatta dal mandatario durante il processo modifica solamente l'estensione della condanna.

(e) L. 18.20.21. de rei vindic. (6. 1.).— L. 2. §. 21. pro. emt. (41. 4.). *Paul.* Si rem alienam emero, et quum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. — L. 2. pro herede (41. 5.).

(f) L. 2. 35. de usuris (22. 1.). *Papin.* Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur, cuius opinionis ratio redditur, quoniam, quale est, quum petitur, tali dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet. — L. 35. *Paul.* Lite contestata usurae currunt.

(g) L. 23. de ind. (5. 1.). — L. 35. eod. — L. 11. §. 4. 5. de exc. rei iud. (44. 2.).

2) Quando per contrario l'azione sta al momento della contestazione della lite e manca di poi, il caso è difficoltoso; dappoichè se si pone l'assoluto principio della contestazione della lite, si dovrebbe ammettere una condanna anche dopo estinto il diritto; il che sarebbe assurdo.

Bisogna su ciò distinguere le azioni reali dalle personali. Quanto a queste seconde, è probabile che nell'antico diritto per le azioni di stretto diritto si applicava quel principio rigoroso, che la *litis contestatio*, fissata legittimamente in forza della esistenza dell'azione, producesse di conseguenza la condanna, ancorchè nel corso del giudizio il fondamento dell'azione venisse a mancare.

Più tardi però non si sconobbe l'intima relazione logica tra la obbligazione primitiva, e l'altra che nasceva per la *litis contestatio*; ed allora fu sancito anche pei giudizii di stretto diritto, che quando un modo di estinzione si avvera nel corso del processo per la obbligazione originaria, si estingue ancora la obbligazione nata dalla contestazione della lite (i).

3) Diversa cosa è per le azioni reali, poichè se durante il processo si estingue il diritto reale, non si può dire che venga meno ancora l'obbligazione fondata per la contestazione, essendo un diritto tutto diverso. Per la qual cosa bisogna stabilire; che quei soli motivi di estinzione, che toccano direttamente l'obbligazione del processo, possono far respingere il diritto dell'attore ch'è mancato durante la lite; ma in diverso caso segue la condanna del convenuto, anche estinto il diritto dell'attore: così, non ostante che l'usucapione fosse compiuta contro l'attore durante il processo, o fosse estinto il diritto di servitù per *non usus*, ovvero perduto l'oggetto per colpa del convenuto, la condanna è senza ostacolo pronunziata; laddove quando l'oggetto va perduto per caso fortuito presso del possessore di buona fede, la condanna non avrebbe ragion di essere.

È conseguenza della contestazione della lite il divieto per l'alienazione delle cose litigiose, che molte vicende ebbe nel diritto romano. Era una delle leggi delle XII. Tavole di punire col risarcimento del doppio colui che consacrava agli Dei una cosa litigiosa; non possiamo argomentare dal passo di Gaio, che ci dà questa antica notizia, se la pena fosse diretta contro l'attore o contro il convenuto; è probabile che fosse applicabile ad entrambi (k). Similmente dal punto della contestezione della lite in poi era vietato quando pendeva un giudizio divisorio, tanto all' attore quanto al convenuto di alienare la cosa litigiosa per qualunque atto giuridico; se questa legge fosse introdotta dal diritto pretorio o da altra legge speciale non si ricava dai testi (l).

(h) *Wächter*, o. c. p 103.

(i) *Gai.* Inst. IV. 114.— §. 2. Inst. de perpet. et temp. act. (4. 12.). Superest, ut admoneamus, quod, si ante rem iudicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio iudicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat; et hoc est, quod ante vulgo dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.

(k) L. 3. de litig. (44. 6.). *Gai.* Rem, de qua controversia est, prohibeamur in sacrum dedicare, alioquin dupli poenam patimur; nec immerito, ne liceat eomodo duriorem adversarii conditionem facere. Sed duplum utrum fisco, an adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

Un editto di Augusto fece divieto di comprare una cosa litigiosa sotto pena della nullità della vendita, e di una multa in favore del fisco; è nondimeno controverso se l' editto riguardasse la vendita fatta dal non possedente attore, o dal possedente convenuto; ossia se la lacuna, che trovasi nel frammento §. 8. *de iure fisci*, debba essere riempita con le parole *a possidente*, ovvero *a non possidente*. Se si paragona questo frammento con un passo di Gaio: « item si fundum litigiosum sciens « *a non possidente emeris*, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per « quam omni modo summoveris »; ed al proposito si ricordi che questo divieto fu limitato ai fondi italici (m), si fa chiaro che l' editto di Augusto riguarda la vendita fatta dal non possedente; poichè i fondi italici potevano solamente essere validamente alienati per mezzo della *mancipatio* dal proprietario non possedente. E ragionevolmente, poichè quando il fondo, la cui sorte dipende dalla lite, fosse alienato dal proprietario, può probabilmente il convenuto trovarsi esposto a più di una revindicazione; onde questi ha diritto di esserne garentito con quel divieto.

Senza dubbio l' editto annullava solamente la compra, ma non nel medesimo tempo la legale *mancipatio*; cosicchè la *vindicatio* del compratore era valida ancora in forza della *mancipatio*; ma per efficacia dell' editto tale azione veniva distrutta da una valida eccezione, estesa anche alle coso mobili (n).

A queste disposizioni si congiunge il diritto classico, eccettuato il caso del processo divisorio e la consacrazione agli Dei di una cosa litigiosa; ma sempre riguardando al caso che la vendita è fatta dal proprietario non possedente. L' alienazione fatta dal convenuto possessore non è qui attesa, perchè le alienazioni e le modificazioni apportate dal possessore non possono essere considerate coi medesimi principii qui esposti (o).

Stando così la teoria sull' antico divieto di alienare una cosa litigiosa, Costantino determinò ancor più questi principii del tempo aureo della giurisprudenza romana, ed ordinò: che qualunque alienazione fatta in forma di vendita, ovvero in forma di donazione anche tra le *personae coniunctae* dovea essere di nessun momento: ma anche in questi tempi il divieto è sancito solo per l' attore non possedente. Una costituzione di Graziano Valentiniano e Teodosio determina ancora altre conseguenze di questo divieto; ordina che in qualunque modo l'attore disponga per ultima volontà di una cosa litigiosa mobile od immobile, ovvero di un diritto di obbligazione ventilato in giudizio, nessuna mutazione soffre il processo; e l'erede dell'attore dev' essere costretto a proprio rischio di proseguire il giudizio (p).

(l) L. 9. fin. reg. (10. 1.). — L. 13. 23. §. 6. fam. herc. (10. 2.). *Papin.* Alienationes enim post iudicium acceptum interdictae sunt, duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam et originem iuris habent necessariam. — L. 23. §. 6. eod. — L. 1. C. comm. divid. (3. 27.). — L. 3. C. de comm. rer. alien. (4. 52.).

(m) *Gai.* Instit. IV. 117. — L. 27. §. 1. ad SC. Velleian. (16. 1.). — L. 1. §. 2. quae res pign. (20. 3.).

(n) L. 1. §. 2. quae res pignori (20. 3.). *Marcian.* Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest, ut Divus Pius Claudio Saturnino rescripsit. Quid ergo si quis praedium quis litigiosum pignori acceperit ? Et Octavenus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Quod , ait Scaevola libro tertio variarum quaestionum, procedere, ut in rebus mobilibus locum habeat.

(o) Ved. *Schmid*, De religiosarum rerum alienat. ex iure anteiust. Inae 1840. — Ved. anc. L. 18. de rei vind. (6. 1.). — L. 1. C. de praescr. long. temp. (7. 33.).

Giustiniano ha fatto profondi cangiamenti a questa teoria; nella legge *de litigiosis* prescrive che se l'attore aliena la sua azione, o il convenuto la cosa posseduta, su cui cade il giudizio, la vendita è sempre nulla, fosse la qualità di cosa litigiosa conosciuta o no dall'acquirente. In questa legge adunque viene anche l'alienazione fatta dal convenuto possessore; e la ragione sta massimamente in ciò, che la condanna e l'esecuzione della sentenza, essendo diretta alla cosa stessa, e non più ad una *certa pecunia*, era interesse dell'attore, che la cosa non andasse in mano altrui; dal che si spiega come in questo caso piuttosto che negli altri sono comminate pene pecuniarie da Giustiniano. Se l'acquirente ha conoscenza del carattere di litigiosità e nondimeno compra l'oggetto, egli sarà obbligato non solo alla restituzione dell'oggetto al venditore, ma perderà benanche il prezzo della vendita: il venditore dal canto suo sarà condannato di pagare al fisco il prezzo ricevuto, e un altrettanto. Qualora poi al compratore fosse sconosciuto il carattere di litigiosità, questi è obbligato bensì alla restituzione dell' oggetto, ma ne riceve l' equivalente del quale solo un terzo va al fisco; il venditore poi è obbligato a pagare al fisco stesso due terzi del valore.

In fine della sua legge Giustiniano per eccezione, permette l'alienazione di una cosa o di un' azione litigiosa, quando serve per costituire una dote, o una *donatio propter nuptias*, ovvero in caso della divisione giudiziale od amichevole di una eredità. Queste determinazioni della legge 4. sono espressamente confermate nella Novella 112. c. 1.

Il carattere di cosa litigiosa si origina dalla contestazione della lite (q); sol che nella Nov. 112 è disposto che la cosa pretesa per mezzo di una *rei vindicatio* riceve il carattere di litigiosa dal primo decreto; disposizione speciale che certamente non trova applicazione negli altri casi (r).

§ 93.

II. Delle pruove.

T. D. de probationibus et praesumtionibus (22.3.). — T. C. de probationibus (4. 19.).

Primo dovere del magistrato, che deve decidere sul diritto in questione, è di convincersi giuridicamente della verità dei fatti dalle parti addotti, e così rendere agevole la sentenza. È interesse adunque delle parti di far convinto il giudice, ed il complesso dei mezzi per dimostrare l'esistenza di un fatto si appella pruove, *instrumenta*.

(p) L. 2. 3. C. de litigiosis (8. 37.).

(q) L. 13. fam. ercis. (10. 2.). ved. not. (k). — L. 1. §. 1. de litig. (44. 6.). — L. 1. C. (3. 37.). — L. 2. 4. C. de lit. (8. 37.).

(r) *Vangerow*, l. c. §. 160.

È regola generale che la pruova debba versare sul fatto, e non sul diritto *(iura agnoscit curia)*; il giudice di per sè deve conoscere il diritto ed applicarlo *ex officio*. Il fatto inoltre dev'essere controverso, quando esso è notorio od emerge *ex visceribus causae*, non ha bisogno di esser provato.

2) Colui, che allega un fatto per sostenere un suo diritto, ha l'obbligo di provarlo; onde la massima *affermanti non neganti incumbit probatio.* L'attore col produrre un'azione allega già un fatto, egli ha l'obbligo per conseguenza di provarlo, indifferentemente se è espresso in maniera affermativa o negativa. È d'uopo notare che, se il convenuto nega recisamente il fatto senza allegarne un altro contrario, l'obbligo della pruova resta sempre da parte dell'attore; ma se quegli oppone all'azione dell'attore un'eccezione, allora, allegando con ciò un fatto contrario, è tenuto alla prova; onde la massima *in exceptione reus actor fit* (a).

3) Quando si adduce una relazione di diritto e si mette avanti una pretensione, la pruova deve versare non solo sulla esistenza del diritto, ma sulla legale origine, e sulla attuale durata, qualora vi fosse controversia; quando poi in generale si produce un diritto, si suppone vero e legittimo fino a pruova in contrario.

Mezzi di pruova possono essere le presunzioni di legge, le persone, le cose, gli accessi e le visite del giudice, le testimonianze dei terzi, le confessioni ed i giuramenti delle parti, e simiglianti.

A. Mezzi di pruova in particolare.

§. 94.

1) **Della confessione, e degli atti.**

T. D. de confessis (42.2). — T. C. de confessis (7.59.). — *Savigny*, Sist. VII. §.

I. È confessione quando l'una parte al cospetto dell'avversario accetta per vero e conferma un fatto da quello allegato. Essa è giudiziale ed estragiudiziale, la prima è fatta innanzi al magistrato nella medesima lite, l'altra fuori di giudizio per altri mezzi, ovvero innanzi ad un altro magistrato in altri casi. Per la prima confessione vi sono le regole infrascritte:

Confessus pro iudicato habetur, il che significa che la confessione essa sola può esser surrogata alla sentenza; dal momento che il convenuto ammetteva e confessava il diritto dell'attore, il magistrato, senza inviare le parti innanzi ad un giudice, dava ordine per la esecuzione, salvo che la confessione non riguardasse una *certa pecunia*; imperocchè in questo caso, essendovi bisogno di una sentenza, le parti andavano innanzi al giudice, il quale sulla base della confessione pronunciava la sentenza. Questo avveniva nell'*ordo iudiciorum privatorum*, in cui la massima *confessus pro iudicato habetur* aveva tutto il valore (a). Nella legislazione giustinianea questa massima fu in certa guisa modificata; e, fin da quando non vi fu più distinzione tra il procedimento *in iure* e *in iudicio*, la confessione non fu più surrogata alla sentenza, ma le rimase ancora un gran potere, di guisa che quella massima non ha perduto ogni significato; imperocchè, quantunque fosse necessaria anche la sentenza, pure il giudice è sempre legato alla confessione, di fatto si aveva per fondamento della sua esistenza la confessione dell'una o dell' altra parte.

(a) L. 2. h. t. *Paul.* Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. — L. 21. eod.—L. 4. C. de edendo (2. 1.). — L. 23. C. h. t. etc.

Intorno alla confessione si danno le seguenti regole:

Chi confessa deve avere la coscienza di sè stesso; onde le persone, che la legge considera come non idonee di avere perfetta coscienza di loro stesse, non possono validamente confessare; la confessione del pupillo senza l'autorità del tutore è di nessun momento, ed il minore può essere restituito in intiero (b).

II. Alla pruova si possono surrogare altri mezzi, e particolarmente la presunzione, congettura, che o la legge ricava dalle norme generali di diritto, ed è sì ferma che non ammette pruova in contrario, detta *praesuntio iuris et iure;* o che il giudice ricava dai fatti, e può sempre essere combattuta dalla pruova del contrario.

III. Mezzi di pruova sono gli atti ed i documenti, che presi in largo significato denotano tutto il corredo dei mezzi esteriori atti a produrre il convincimento del giudice, cosicchè in quest'accettazione entra ancora la testimonianza. In significato ristretto intendiamo per atti le scritture destinate a far fede e memoria di quanto si è operato: essi possono essere fondati o sulla publica fede, o sulla privata, e sono quindi publici o privati. Sono atti publici quelli rogati da publici ufficiali, ricavati da publici archivii, o fatti innanzi a cinque testimoni, fanno piena fede, salvochè cinque testimoni non attestino il contrario, p. e. la soddisfazione: sono atti privati i chirografi, le quietanze del creditore, le lettere e simili;

(a) L. 1. h. t. *Paul.* Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. — L. 6. pr. §. 2. ibid. *Ulp.* Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit (§. 2.). Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habearis, atque si dominii mei fundum pronuntiatum esset..... et omne omnino, quod quid confessus est, pro iudicato habere.

(b) L. 6. §. 5. h. t. *Ulp.* In pupillo tutoris auctoritatem exigimus, minorem a confessione sua restituemus.

devono essere esibiti autentici e confermati da testimoni; se sono prodotti dopo la sentenza, essi sono affatto inefficaci (c).

§ 95.

2) Del giuramento.

T. D. de iureiurando, sive voluntario, sive necessario sive iudiciali (12. 2.).—T. C. de rebus creditis et iureiurando (4.1.).—*Malblanc*, Doctrina de iureiurando, Noremb. 1782 2.ª edit. Tübing. 1820. — *Savigny*, Sist. VII.

Un mezzo di pruova che ha molta efficacia sulla decisione della lite è il giuramento, con la quale parola intendiamo la dichiarazione di una parte che chiama in testimonio della verità ciò che ella tiene per più sacro. Il giuramento può riguardare il passato in quanto dà sicurezza di un fatto avvenuto o di un'azione già fatta, e può riguardare l'avvenire, in quanto dà sicurezza di un'azione da imprendere; nel primo caso il giuramento è appellato assertorio *(iusiurandum assertorium)*, nel secondo caso promissorio (*iusiurandum promissorium*).

Il giuramento viene ammesso nel processo in varii modi:

1) Una delle parti può deferire all'altra il giuramento, ossia propone che l'altra attesti con giuramento quello che afferma, e, se la parte giura, devesi tenere per vera l'asserzione (a); e così la lite può esser decisa per mezzo del solo giuramento (b). Il giuramento nel processo ha questo valore, che colui che rifiuta di giurare si ritiene come confesso del contrario di quello che dovrebbe confermare per giuramento. Ma l'avversario per non sottostare a questa conseguenza, ossia affinchè non sia tenuto come confesso, invece di rifiutare del tutto, può rimandarlo alla parte contraria *(iusiurandum referre)*, perchè giurasse il contrario; la ricusa di questo giuramento arreca lo stesso pregiudizio (c). Tale giuramento

---

(c) L. 1. 2. 3. de fide instr. (22.4). — L. 10. de probat. (22.3). *Marcell.* Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit. — L. 6. C. de re iud. (7.52.). *Honor* et *Theod.* Gesta, quae sunt traslata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides.

(a) L. 2. h. t. 1). L. 2. h. t. *Paul.* Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.— L. 3. pr. h. t. L. 25. §. 3. de probat. (22.3.).— L. 1. 2. C. h. t. L. 21. de dolo (4. 3.).

(b) L. 3. 7. seqq. h. t. 2). L. 9. §. 1. eod. *Ulp.* Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit, dari sibi oportere, vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.—L. 8. C. h. t. *Dioclet.* et *Maxim.* Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit, vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit.—L. 56. de re iud. (42.1.).

(c) L. 34. §. 6. h. t. *Ulp.* Ait Praetor: *eum, a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iu-*

che può essere mandato e rimandato da una parte all' altra, dicesi *iusiurandum voluntarium*.

Il giuramento concede un diritto, epperò si richiede che la parte sia capace dell'acquisto di questo diritto, e sia idonea a poter giurare (d) (1).

2) Quando una pruova è insufficiente per contestare un principio in controversia, allora il giudice può permettere che la pruova addivenisse perfetta per mezzo del giuramento, e così il giuramento prende il nome di *iusiurandum suppletorium*.

3) Nelle azioni di restituzione, e ad *exhibendum* quali azioni di buona fede, se vi è contumacia o dolo o colpa lata, e non sia certo il valore del danno , è concesso all' attore di determinare questo danno , e la somma del risarcimento per mezzo di giuramento , appellato *iusiurandum in litem* (e). Il giudice nel deferire il giuramento può stabilire un massimo oltre del quale non potrà andare la stima dell' attore *(iusiurandum in litem cum taxatione delatum)*, ovvero può stabilirlo dopo dato il giuramento (f) (2).

ANNOTAZIONE

(1) Queste regole riguardano tutte l'efficacia del giuramento assertorio; quanto al promissorio è senza dubbio ch'esso non è che un morale incitamento per adempiere quanto si è promesso; cosicchè una relazione, che giuridicamente è invalida, non potrà mai diventar legale per mezzo di un giuramento promissorio (g). Solo in al-

---

rare cogam: alterum quidem eligat reus, aut solvat, aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore §§. ss.—L.38,eod. 25. §. 1.de pecun. const. (13.5.)—conf. L.34. §.4.—L.37.h. t.

(d) L. 9. §. 4. 5.—L. 17. §. 1.—L. 22. 32. 34. §. 1. — L. 35. pr. §. 1. h. t. *Paul.* Prodigus, si deferat iusiurandum , audiendus non est. Idemque in ceteris similibus ei dicendum est, nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec abiles sunt.—L. 4. C. h. t.—confr. L. 9. §. 6. — L. 23. 26. §. 1. — L. 42. pr. §. 2. h. t.

(e) T. D. de in lit. iur. (12. 3). — T. C. h. t. (5. 53.). L. 5. h. t. (12. 3): *Marcian.* In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bon. fid. iudiciis in litem iuratur. §. 1. Sed iudex praefinire potest certam summam usque ad quam iuretur, licuit enim et a primo non deferre. §. 2. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. §. 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur , non etiam ob culpam ; haec enim iudex aestimat. §. 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est: veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit: quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quae non extat.—ved. L. 2. § 1.—L. 8. h. t.—L. 18. de dolo (4. 3.),—L. 68. de rei vind. (6. 1.). — L. 7. si serv. vindic. (8. 5.). — L. 3. §. 2. ad exhib. (10. 4.). — L. 16. §. 3. de pig. (20. 1.). — L. 25. §. sol. mat. (24. 3.). — L. 48. §. 1. locat. (19. 2.). — L. 1. §. 26. de posit. (16. 3.).

(f) L. 4. §. 1-3.—L. 5. §. 1. h. t. vedi not. (e).—L. 18. pr. de dolo. (4. 3.). L. 3. §. 2. ad exhib. (10. 4.). L. 68. de rei vind. (6. 1.).

(g) L. 7. §. 16. de pactis (2.14.). *Ulp.* Et generaliter, quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet; nec legat, nec iusiurandum ad hoc adactum, ne quis agat, servandum Marcello libro secundo Digestorum scribit. — L. 5. §. 1. C. de leg. (1. 14.). — N. 51. pr. — Nov. 82. c. 11.

cuni pochi e determinati casi alcuna validità ne consegue. Difatti è sancita la conseguenza dell'infamia per un maggiore che rompe una transazione giurata (h); l'obbligo accettato con giuramento dal liberto di prestare servizio al patrono addiviene valido già col solo giuramento (i); finalmente un rescritto di Alessandro Severo stabilisce che la rinuncia giurata da un minore addiviene obbligatoria contro la restituzione in intiero (k). Quest'ultimo rescritto fu variamente interpretato dai glossatori, e mentre Bulgaro lo riporta agli atti validi, Martino lo vuole applicato generalmente, anche quando p. e. si tratti d' alienazione fatta dal minore senza l' autorità necessaria; ma la prima opinione è più confacente allo spirito del diritto romano.

(2) È quasi una comune opinione, che il giuramento in lite sia un mezzo civilo, in virtù del quale il danneggiato determina a suo arbitrio il massimo del danno prodottogli per dolo o colpa lata; onde del giuramento in lite trattano gli scrittori nella teoria del risarcimento. L'opinione è poco retta: bisogna avere per principio: che tale giuramento, secondo il suo vero concetto, è quello per mezzo del quale l' attore nelle azioni arbitrarie e nelle azioni di buona fede dirette alla restituzione o ad *exhibendum*, stima il valore dell'obbietto della controversia, quando il reo convenuto obbligato alla restituzione o all' esibizione si rende contumace, ovvero non è nello stato di adempiere a tale obbligo per dolo o colpa lata (l). Fuori di ciò ed in altre azioni non si riconosce giuramento in lite.

Qualche dubbio può venire per le azioni di buona fede, nelle quali stando ad alcuni testi si può essere indotto ad ammettere sempre il giuramento in lite (m). Pure sarebbe questo un errore pe' seguenti motivi:

1) La contraddizione sarebbe patente con la legge 68 di R. V., secondo cui il giuramento è ammesso sol quando si tratti di quelle azioni *ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur*; così in un'azione di buona fede, l'*actio rei uxoriae*, il giuramento *in litem* è ammesso per l' unica ragione: *quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat* (n).

2) Nell' *actio depositi contraria* è nominatamente negato il giuramento in lite, il che non si potrebbe spiegare se il medesimo fosse dato per tutte le azioni di buona fede che hanno a cagione il dolo; negato, perchè appunto l' azione non è diretta alla restituzione (o).

D'altra parte tutte le azioni di buona fede nominate dai testi, che ammettono un giuramento in lite sono tutto dirette alla restituzione: così nell'*actio depositi*, *commodati, locati, rei uxoriae, actio tutelae* (p).

3) I testi citati per l'opinione contraria niente provano; imperocchè in uno si

---

(h) L. 41. C. de transact. (2.4.).

(i) L. 7. pr. §. 1. de oper. libert. (38.1.). *Ulp*. §. 1. Plane queritur, si quis liberto suo legaverit, si filio suo iuraverit, se decem operarum nomine praestiturum, an obligetur iurando. Et Celsus Iuventius obligari eum ait, parvique referre, quam ob causam de operis libertus iuraverit, et ego Celso acquiesco.

(k) L. 1. C. si adv. vend. (2.28).

(l) Vedi not. (e).

(m) Ved. L. 5. pr. h. t. vedi not. (e) — L. 3. §. 2. commod. (13.6.).

(n) L. 25. §. 1. soluto mat. (24.3).

(o) L. 5. pr de depos. (16.3.)

(p) L. 3. h. t.—L. 1. §. 26. depos. (16.3.).— L. 3. §. 2. commod. (13.6.). — L. 48. §. 1. locat. (19.2.).—L. 25. §. 1. soluto mat. (24.3.).—L. 8. h. t.—L. 2. 4. C. h. t.—L. 7. pr. de adm. tut. (26.7.).

dice che vi sono azioni di buona fede, nelle quali puossi ammettere un giuramento in lite; e nella L. 3. *commodati* bisogna attendere alla parola *similiter*, e si avrà il medesimo risultato; cioè che il giuramento in lite può venire ancora in altre azioni di buona fede, quando queste similmente all'azione di commodato sono dirette alla restituzione.

Da ciò si conferma che nelle azioni di buona fede non dirette alla restituzione, come l'*actio emti* è negato il giuramento di cui già parlammo (q).

Negandosi il giuramento in lite nelle azioni di buona fede, molto più si dovrebbe nelle azioni di stretto diritto, e ciò sia per il carattere fermo, e ristretto di queste azioni, sia perchè esse fanno nascere una novella obbligazione senza essere dirette nè al *restituere* nè all' *exhibere*. In alcune di queste azioni, nondimeno è rammentato un giuramento in lite, ma certamente non del medesimo carattere che nelle azioni arbitrarie, e nelle azioni di buona fede che tentano ad una restituzione. Quando al giudice torna impossibile una *aestimatio litis*, perchè forse l'oggetto più non esista, o quando questa impossibilità viene dalla colpa del convenuto, egli potrà come mezzo sussidiario di pruova dare il giuramento all' attore (r). Questo giuramento in lite, differente da quello da noi finora considerato, non può neppure essere dato nel *damnum iniuria datum*; la contraria opinione che vorrebbe applicarlo per regola quando vi è dolo o colpa lata, cade quando si considera che l'*actio legis aquiliae* è un' azione di stretto diritto, e che non è diretta al *restituere*.

Nè meno erronea della precedente è l'opinione, che l' attore nel giuramento in lite possa nella stima guardare non solo al valore reale, ma anche ad un prezzo di affezione; onde si fa la distinzione tra il *iusiurandum in litem veritatis*, che porta di giurare secondo il valore oggettivo, come nelle *actiones stricti iuris* e nel danno prodotto dalla *culpa levis* in mancanza di altra pruova; e tra il *iusiurandum in litem affectionis* che sarebbe di norma in tutti gli altri casi (s). Non è difficile il dimostrare che tale prezzo di affezione è perfettamente ignoto ai Romani nella teoria dei risarcimenti, fosse pure il danno prodotto per dolo o per colpa; e le parole della legge 54 pr. mand. (17. 1.): *placuit prudentibus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*, cui s' attiene qualche giurista per la contraria opinione, suonano diversa cosa. Leggendosi quel passo nell' insieme, esso non dice che colui il quale ha prodotto il danno ha l' obbligo di risarcire l'attore secondo il prezzo di affezione; ma ch' è sufficiente un interesse di affezione per assicurare la validità di un atto, che sarebbe altrimenti nullo per mancanza d' interesse (t). La nostra opinione è consona al principio generale del diritto romano: *pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* (u), il qual principio trovasi perfettamente applicato nella dottrina dei risarcimenti (v).

(q) L. 4. C. de act. emt. vend. (4.49.).

(r) L. 5. §. 4. L. 6. h. t.

(s) *Glück*, comm. XII. pag. 400. 421. 461.

(t) L. 35. de minor. (4. 4.).—L. 6 pr. — L. 7. de serv. export. (18. 7.). *Papin.* Ceterum, si, ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigere non debeat, quum et ancillam contumeliam effecerit, et venditoris affectionem forte, simul et verecundiam laeserit, etenim alias remota quoque stipulatione placuit, ex vendito esse actionem.

(u) L. 63. pr. ad leg. Falc. (35.2.).—L. 6. §. 2. de oper. serv. (7.7.). *Ulp.* Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus, aut in deliciis habuerit.

(v) L. 1. §. 15. si quid. in fraud. (38.5.). — L. 33. ad leg. Aquil. (9.2.). — ved. *Savigny*, Sist. V. pag. 466.

Ora in questa teoria vi dev'essere il fondamento del giuramento in lite, poichè sembrerebbe poco naturale che per il giuramento in lite, ch'è un mezzo straordinario per l'indennizzo, devono valere altre regole, anzichè quelle della teoria per cui serve. In generale poi in un simile affare il giudice tende a stabilire il prezzo obbiettivamente secondo i mezzi di pruova che gli sono offerti, e l'attore secondo il suo interesse; ma entrambi devono determinare lo stesso cioè *quanti res est*, o *quanti actoris interest*, ossia il valore dell'oggetto e l'interesse dell'attore; entrambi partono da punti opposti e pervengono ad opposti risultati. Secondo quest' ultima differenza è facile interpretare quelle leggi che hanno condotto quei giuristi ad ammettere un prezzo di affezione. Così è da determinarsi il contrapposto della legge 8. h. t.; *quanti res est*, è la stima imparziale fatta dal giudice, mentre l'altro contrapposto, *quanti in litem iuratum fuerit*, sarebbe la parziale stima dell'attore (x). Non fa nessuna difficoltà a questa opinione la legge 1. h. t. nella quale è detto, che la *condemnatio* può *crescere* per mezzo del giuramento in lite, o l'oggetto verrebbe per contumacia stimato *ultra pretium rei*; poichè secondo la natura della cosa, l'attore apprezza il suo oggetto e rileva il suo interesse più alto che può, certamente più della stima obbiettiva e imparziale che potrebbe fare il giudice.

§. 96.

3) **Della sentenza.**

T. D. de re iudicata (42. 1.). — Eod. de except. rei ind. (44. 2.).—T. C. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum (7. 45.). — Eod. de re iudicata non nocet (37. 6.).— Eod. inter alios acta vel iudicata non nocere (7. 60.).—*Savigny*, Sist. VI. §. 280 ss.

1) La sentenza è l'ultimo degli atti, che chiude il processo decidendo la lite, sicchè essa contiene o la condanna o l'assoluzione del reo.

Affinchè la sentenza avesse forza di legge e producesse un' efficace condanna o assoluzione del convenuto, è mestieri che sia valida e non abbia motivo di appello.

2) La sentenza è considerata nulla, quando non si sono osservate tutte le formalità del processo; quando contiene qualche cosa impossibile; quando nel giudizio è avvenuto un *error calculi*, e finalmente quando discende da un falso principio (a).

(x) L. 16. §. 3. de pignor. (20.1.).

(a) L. 1. §. 1. quae sent. sine appell. (49.8.). *Macer.* Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est; velut si iudex ita pronuntiaverit; *quum constet, Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie vigintiquinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno;* nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur. Sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et vigintiquinque fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est, nec appellare necesse est; si vero ideo, quoniam

La sentenza durante il perentorio dell' appello, esteso da 2. a 10 giorni da Giustiniano (b), non ha forza di legge; ma se al contrario essa non contiene motivo di nullità o di appello, ha forza di *res iudicata* e fa nascere una novella obbligazione; onde il principio *res iudicata pro veritate habetur* (1).

Se per mezzo della sentenza il convenuto è condannato, l'attore avrà per sè un novello diritto; ed una novella azione che prende nome dalla efficacia della sentenza, *actio iudicati*; similmente se la sentenza assolve il convenuto, avrà quest' ultimo una eccezione in suo favore contro ogni pretensione ulteriore dell' attore sull' affare giudicato, la quale è appellata *exceptio rei iudicatae*. Nello stesso modo la medesima sentenza con la forza di *res iudicata* diventa secondo le circostanze de' casi una *replicatio* ed una *duplicatio* (c).

Questa forza giuridica della sentenza è in favore e contro le medesime parti e contro i loro successori nel diritto, ovvero per coloro i quali fanno da quella derivare una qualche pretensione di dritto (d); solamente in pochi casi determinati la forza della sentenza si estende ad altre persone, le quali non furono parti nella questione già risoluta per mezzo della sentenza (e) (2).

3) La sentenza, se contiene la condanna, obbliga il convenuto a riconoscere il diritto dell' attore in tutta l'estensione legale. Vi sono però dei casi specificati, nei quali la condanna non va a tutto l'ammontare della obbligazione, ma si restringe solamente alla possibilità del convenuto *(condemnatio in id quod debitor facere potest)*; e questo è un beneficio in favore di alcune persone dalla legge determinate *(beneficium competentiae, seu deductionis)*.

4) I casi in cui è legittimo questo *benef. camp.* sono i seguenti:

---

et alias species vigintiquinque fuisse dixerit, appellationi locus est. — L. 19. de appell. (49. 1.). *Modest.* Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel Senatusconsultum, vel Constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit, et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia; unde potest causa ab initio agitari.

(b) Nov. 28. c. 1. — Nov. 119. c. 5.

(c) L. 3. de except rei iud. (44. 2). *Ulp.* Iulianus libro tertio Digestorum respondit, exceptionem rei iudicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur.

(d) T. C. (7. 60.) conf. — L. 4. h. t. *Ulp.* Rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent. — L. 28. *Papin.* Exceptio rei iudicatae nocebit ei qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est. — L. 11. §. 3. 7.10 — L. 25. §. 2. — L. 28. 29. §. 1. l. c. (44. 2). — L. 9. L. 2. — L. 27. 40. §. 2. — L. 66. de procurat. (3. 3.).

(e) L. 25. de stat. hom. (1. 5.). — L. 24. de dolo (4. 3.). — L. 9. 43. de liber. causa (40. 2.).

a) Pei genitori rispetto ai loro figli (f).

b) Per l'un coniuge contro l'altro non solo per azioni prodotte durante il matrimonio, ma ancora per quelle intentate dopo lo scioglimento di esso (g).

c) Al suocero chiamato in giudizio dal genero per una promessa di dote è dato questo benefizio: ma se il giudizio avviene fuori matrimonio, solo allora potrà il suocero giovarsi del *benef. competentiae,* quando non è colpabile di dolo (h).

d) Nel caso di scioglimento del matrimonio per determinazione di legge, ma non in caso di dote recettizia, la eccezione di competenza compete sempre al marito (i), ai figli dello stesso procreati nel medesimo matrimonio (k), ed al padre; esclusi sono tutti gli altri eredi del marito (l).

e) Quando il marito vien tratto da un altro in giudizio con un' *actio funeraria,* è sempre condannato *in id quod facere potest* (m).

f) Per un rescritto di Antonino Pio il beneficio in parola compete in una più grande estensione al promettente una donazione chiamato in giudizio dal donatario in forza della promessa (n).

g) È dato al socio chiamato in giudizio con l'*actio pro socio* (o).

(f) §. 38. Inst. de act. (4. 6.). Sed et si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur. — L. 54. sol. mat. (24. 3.). — 16. de re iud. (42. 1.).

(g) L. 20. de re iud. (42. 1). *Modest.* Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest, condemnandus est ex Divi Pii constitutione. Quod et in persona mulieris aequa iange servari aequitatis suggerit ratio.

(h) L. 21. 22. de re iud.— *Ponpon.* Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio; verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnetur, quam quantum fecere potest.—L. 17. pr. solut. matr. (24. 3). — L. 84. de iur. dot. (23. 3).

(i), L. 12. 15. pr. L. 17. §. 2. solut. matr. (24. 3).— *Ulp.* L. 12. Maritum in id quod facere potest, condemnari exploratum est; sed hoc heredi non est praestandum.— L. 17. 20. 21. 23. 24. §. 1. de re iud. (42. 1.). — L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13). — §. 37. Inst. (4. 6).

(k) L. 18. pr. sol. matr. *Pompon.* Etiam filios mulieris, qui patri heredes extiterunt, in id, quod facere possunt, condemnendos Labeo ait.

(l) L. 15. §. 2.— L. 16. 27. sol. mat. (24. 3). — L. 21. de re iud. (42. 1.) — L. 17. sol mat. vedi not. (i).

(m) L. 27. §. 2. de relig. et sumt. funer. (11. 7). *Ulp.* Praeterea maritum puto funerariam id demum teneri, quod facere potest; id enim lucrari videtur quod praestaret mulieri si conveniretur.

(n) L. 19. §. 1 de re iud. (41. 2.). *Paul.* Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur;

(o) §. 38. Inst. de act. (4. 6). — Ved. not. (f).

h) Il debitore che ha ceduto i beni, potrà opporre l' eccezione di competenza pei beni novellamente acquistati (p).

k) Il figlio di famiglia, che durante la patria potestà contrae degli obblighi, e viene chiamato in giudizio dopo l'emancipazione, è condannato con questo beneficio; ed anche quando vien tratto in giudizio dopo la morte del padre, posto che dalla eredità abbia ricavato poco o nulla relativamente al debito (q).

i) I soldati per ogni obbligazione hanno il beneficio suddetto (r).

l) Finalmente il benefizio di competenza può nascere anche da contratto (s).

ANNOTAZIONE

(1) V'ha una opinione sostenuta da parecchi antichi e da qualche recente scrittore che altera sensibilmente la efficacia della sentenza, in quanto che sostiene che dopo una sentenza assolutoria, quando il debitore è assoluto ingiustamente, rimane sempre una obbligazione naturale, onde non si potrà ripetere un pagamento fatto per errore (t).

A questa opinione contrasta l'altra che anche in questo caso si annulla perfettamente l'obbligazione (u). Per questa controversia trattata da tutte le scuole bisogna concentrare la mente sopra questi punti.

1) Ci pare che la prima opinione contraddice al principio generale sulla virtù della *res iudicata*; che suona così: quando un fatto è stato determinato da una pronunziazione che ha forza di legge, nessun giudice può avere la facoltà di esaminare la giustizia o la ingiustizia di quella pronunziazione. *Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam* NIHIL QUAERITUR (v); onde qualunque misura presa contra una sentenza, che ha acquistata virtù di *res iudicata*, si considera fatta contro la legge, e non ha valore nessuno (x). Questo principio fermo ed assoluto per legge e per la natura delle cose sarebbe nullo per ogni sentenza as-

---

(p) L. 4. 6. de cess. bon. (42. 3). *Ulp.* Is, qui bonis cessit, si quid postea acquisierit in quantum facere potest, convenitur. — L. 3. C. de reb. auct. iud. (7. 72).

(q) L. 2. 7. quod cum eo (14. 5.). — L. 37. §. 2. de adm. et per. (26. 7).

(r) L. 6. pr. 18. de re iud. *Ulp.* Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere.

(s) L. 49. de pactis. (2. 14.). *Ulp.* Si quis crediderit pecuniam, et pactus sit, ut, quatenus facere possit debitor, eatenus agat, an pactum valeat? et magis est hoc pactum valere; nec enim improbum, et si quis hactenus desideret conveniri, quatenus facultates.

(t) Ved. *Savigny*, Sist. pag. 376. not. c. — *Cuiac.* in libr. III. quaest. — *Paul.* leg. 60. cond. ind. (in op. omn. vol. V. pag. 941. 199.) — *Ant.Faber.* coniect. IV. 20. Ration. ad l. 60. ert. — *Sintenis*, dritto di pegno pag. 118. — *Erxleben*, de *condictiones sine causa*, dissert. Lips. 1850. — *Mühlenbruch*, §. 330. not. 21. — *Puchta*, §. 270. not. g.

(u) *Donnelli*, comm. iur. civ. XIV. 12. — *Cocceii*, de vero debitor. sent. absol. in Exercit. curios. II. disp. 44. — *Keller*, litis contest. p. 159. n. 6. — *Thibaut*, Pand. §. 632. 9.ª ediz. §. 562. — *Schweppe*, §. 612. — *Wening*, §. 252.

(v) L. 56. de re. ind. (42. 1.).

(x) L. 1. C. quando provoc. nec non est. (7. 64.).

solutoria, chè non è da dire che quell' opinione si restringa alle sole ingiuste assolutorie; posciachè l' attore che ha perduto la lite, può asserire di essere stato ingiustamente assoluto, e la sentenza dovrebbe essere sempre sottoposta ad una novella *cognitio*. In fatti posto che un' azione fosse stata rigettata in tutti i gradi d'istanza; e che poscia l'attore addivenga debitore dell' assoluto; chiamato in giudizio, egli asserendo di essere stato l'altro ingiustamente assoluto dal precedente giudizio, per l'obbligazione naturale oppone una eccezione di compensazione; e come, secondo quei giuristi, ad una *replicatio rei iudicatae* si può validamente contrapporre una *duplicatio rei male iudicatae;* il giudice dovrebbe in difinitiva novellamente fare inchiesta e giudicare sulla giustizia od ingiustizia della *res iudicata*. Così ancora posto che il convenuto, assoluto da sentenza che abbia virtù di *res iudicata*, paghi all'attore, nulla conoscendo della sentenza, è fuori dubbio che a lui non solo competa la *condictio indebiti*; ma, secondo i nostri contrarii, anche in questo caso il creditore può costringere il giudice di portare una novella *cognitio*, e così decidere della giustizia o della ingiustizia del giudicato. Se in tanti casi, como per compensazione, per *soluti retentionem*, l'attore che perdè la lite può sottopporre il giudicato a nuova e sostanziale revisione, qual valore terrebbe più la massima: *res iudicata pro veritate habetur?*

2) Afforza la nostra opinione l' anologia così spesso posta tra il giuramento e la *res iudicata*. Non v'ha dubbio che colui il quale è liberato da una obbligazione per mezzo del giuramento , può rivocare il pagamento fatto per errore per mezzo della *condictio indebiti:* ora appunto in questo rapporto il giuramento è assomigliato alla sentenza (y).

3) Non meno decisiva è la legge 13 *quid mod. ping.* (20. 6), *Triphon.* « Si de» ferente creditore iuraverit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia » perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset ; *nam et si a iudice , quamvis » per iniuriam, absolutus est debitor, tamen pignus liberatur* ». In questo passo adunque con parole, che non potrebbero essere più chiare, è sancita l' estinzione del diritto di pegno, quando pure il debitore fosse stato assoluto ingiustamente; laddove se vi rimanesse una obbligazione naturale non sarebbe la legge così recisa. Una tale legge non poteva certamente passare inosservata ai sostenitori della contraria opinione, e si sono sforzati a matterla in armonia con la loro teorica della *naturalis obligatio*. Così il *Savigny*, cerca dimostrare questo essere il significato delle ultime parole: il debitore ed i suoi successori potranno opporre l'*exceptio rei iudicatae* contro *l'actio hipothecaria*, poichè, per questa azione è mestieri che esistesse la obbligazione principale; ma il diritto di pegno stesso non si estingue, ed avrà piena efficacia, quando la cosa impegnata viene in mano di un terzo, che non può opporre l'*exceptio rei iudicatae* (z). Per questa interpretazione il *Savigny* si mette in contradizione con la sua stessa teoria; e di vero, sciogliendosi il pegno, rimane, secondo lui, una obbligazione naturale, e l'*actio hipothecaria:* come poi, potrà opporre validamente la *exceptio rei iudicatae?* Che poi l'azione ipotecaria ed il diritto di pegno rimanga-

---

(y) L. 26. §. 2. de iureiur. (12. 2). — L. 13. quid. mod. ping. (20. 6). — L. 1. pr. quar. rer. act. (44. 5). *Ulp.* Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet non immerito, quum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum. — L 39. 40 42. de iurei. (12. 2). — L. 43. de cond. ind. (12. 6.).

(z) *Savigny*, 1, c. pag. 388. not.

no efficaci contro i terzi, si oppone alle parole troppo precise della legge: *pignus liberatur*, che non potrebbero significare se non una totale estinzione.

4) Ma l'opposta teoria, che ha trovato tanti sostenitori, non diffetta di argomenti, ed il più forte fu trovato nella 60 *de condictione indebiti* (12. 6), nella quale così si esprime *Paul.* « Iulianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc » iudicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus » repetere posset — *licet enim absolutus sit*, *natura tamen debitor permanet* — » similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non ve» nerit, quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur. »

Un profondo esame di questa legge ci mostrerà ch' essa non può servire ai contrarii. Di fatti nel frammento citato Paolo riporta una opinione di Giuliano, cioè se un vero debitore è chiamato in giudizio legalmente dal suo creditore, e paga dopo la *litis contestatio*, può egli ripetere la somma data, perchè non era obbligato di pagare prima della sentenza definitiva? Decide non potere il debitore ripetere la somma pagata durante il giudizio; anche dopo non lo potrà più, qualunque sia l' esito della lite, fosse egli condannato o assoluto; trovasi nel medesimo caso di colui, il quale avendo promesso qualche cosa a condizione, se la nave venisse d'Asia, o se non venisse; poichè, se costui per errore paga prima che segua la condizione, non potrà più ripetere la somma pagata.

Da questa argomentazione di Giuliano si potrà solamente dedurre il principio, che un vero debitore il quale abbia pagato durante il giudizio, ossia prima della sentenza assolutoria, non potrà più ottenere la *condictio indebiti* per ripetere la somma pagata. Ma dire che sarebbe lo stesso, se il pagamento avvenisse dopo la sentenza, è cosa perfettamente opposta al pensiero e alle parole, che Paolo recita di Giuliano: POST LITEM CONTESTATAM MANENTE ADHUC IUDICIO.

Questo principio che colui il quale paga durante il giudizio non potrà ripetere la somma pagata con la *condictio indebiti* è vera in entrambe le teorie, e la ragione sta nel carattere delle cose e della sentenza medesima; imperciocchè una sentenza, la quale ha forza di legge, non può avere efficacia se non per l'avvenire, ma non pel passato. Per la qual cosa il vero debitore termina di essere tale non prima della sentenza assolutoria, ma dopo, e se egli pagava prima, pagava in qualità di vero debitore, e per conseguenza non potrà più ripetere il pagamento. Fin qui adunque il pensiero di Giuliano non dà nessuna importanza alla opinione contraria. Resta ancora la difficoltà principale nelle parole di Paolo « *licet enim absolutus, natura tamen debitor permanet*, ora tutto dipende dalla interpretazione della parola *natura*.

Di fatti questa frase di Paolo si può interpretare che il debitore rimane tale per una *naturalis obligatio*, ed in questo significato è presa dai sostenitori di quella teorica; ma questa interpretazione non è la sola, poichè si può sotto quelle parole intendere che il debitore, pagando prima della sentenza assolutoria, paga mentre era vero, naturale debitore ossia *secundum rerum naturam;* che sia questa ultima la vera interpretazione da darsi a quella frase, si rileva da ciò, che Paolo nel medesimo passo non ha creduto fondare una teoria diversa da quella di Giuliano, ma meglio determinarla, e da questo punto di vista la nostra interpretazione è pienamente giustificata. Egli è chiaro che la legge in questione non può offrire nessun appoggio alla teoria contraria, essendo i termini già diversi; noi possiamo con essi convenire nello spirito di questa legge in ciò, che il vero debitore, che paga durante il processo *prima* della condanna assolutoria, non può ripetere il pagamento con la *condictio* *indebiti*, poichè pagava nel tempo in cui secondo la natura della cosa era vero debitore; ma non possiamo convenire che, se il debitore assoluto pagasse dopo pronunziata la sentenza assolutoria, non potrebbe ripetere il pagamento, giacchè questo principio si trova fuori dei termini della legge allegata per sostenere la loro opinione (aa).

5) Minore importanza ha poi la legge 8. §. 1. *rem ratam haberi* (46. 8.), poichè ivi non si tratta di un debitore *iniuria absolutus*, ma del caso, come riconosce ancora il *Savigny*, in cui l'attore perda l'azione per prescrizione della lite, nel qual caso si comprende da sè, che rimane una *naturalis obligatio*, (bb). Similmente inapplicabile è la legge 28 *de cond. ind.* (12. 6.). « *Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non poterit* » la quale presuppone che il debitore paghi non per errore, ma *SUA SPONTE* ossia volontariamente. Non dunque l'obbligazione naturale, ma la spontaneità del pagamento gli toglie la *condictio indebiti*; anzi per mezzo di un argomento *a contrario* da questa legge si argomenta meglio la nostra opinione.

6) Finalmente dai contrarii si è posto innanzi un altro argomento. Nel giudizio si produce l'*actio*, la *civilis obligatio* solamente (cc), epperò solo questa può essere distrutta dalla *res iudicata*: onde l'*exceptio rei iudicatae* nella sua così detta funzione negativa, si oppone solamente all'azione; o con altre parole la forza della *res iudicata* non si estende che all'obbligazione civile, all'azione giudiziaria. Ma in confutazione facciamo osservare che insieme ad una funzione negativa l'*exceptio rei iudicatae* ne ha un'altra tutta positiva, la quale regge sopra la massima *res iudicata pro veritate habetur;* questa ha la virtù di far resistere il contenuto del giudicato contro qualunque pretensione di riesaminare la contesa. Perlocchè quante volte il debitore è assoluto per giudicato, perchè si sentenzia di non esservi debito, o essere estinto, l'*exceptio rei iudicatae* ha funzione attiva, perchè l'obbligazione già estinta non si richiama novellamente in giudizio.

7) Tutt'altro è quando la domanda dell'attore è rigettata per una *plus petitio*, ovvero in seguito d'eccezioni dilatorie, e di quelle eccezioni perpetue, che lasciano una obbligazione naturale, poichè allora appunto la sentenza assolutoria opera solamente contro l'azione. Se alcuno degli scrittori contrarii sostiene, che secondo il diritto romano ogni sentenza assolutoria opera contro l'azione solamente, egli contraddice a chiare testimonianze delle leggi, dalle quali emerge che il giudice romano pronunziava i motivi della sua assolutoria, e determinava per conseguenza la estensione della sua efficacia come se fosse una legge.

(2) Rispetto alla *exceptio rei iudicatae* è da notare una identità obbiettiva e una subbiettiva.

1) Circa alla prima, all'identità della questione di diritto, bisogna che si tengano due massime: 1) quando non v'è l'identità suddetta, manca assolutamente l'*exceptio rei iudicatae*, quando pure il nuovo giudizio abbia col primo una più o meno grande similitudine: 2) quando v'è l'identità, l'*exceptio* ha luogo assolutamente, quando pure siavi alcuna differenza tra il primo processo e l'altro. È luogo ad osservare la prima massima quando si producono azioni possessorie e petitorie in rap-

---

(aa) *Donello*, l. c.

(bb) *Savigny*, l. c. pag. 376. not. *d*.

(cc) L. 50. §. 2. de pecul. (15. 1.). — L. 8. §. 3. de fideiuss. (46. 1.).

porto al medesimo oggetto; quando si producono due azioni confessorie, delle quali l'una è diretta all' *iter*, all' *actus* l' altra; quando si tratta di una *vindicatio* ed una *condictio* in rapporto al medesimo oggetto (dd): nei quali casi l'*exceptio rei iudicatae* non ha nessuna efficacia, perchè non vi ha identità obbiettiva o di questione giuridica.

Per la seconda massima bisogna considerare:

a) Essere indifferente la diversità delle azioni, quando in fondo la questione è la stessa, così:

α) Quando alcuno cui sia stata rigettata l'*hereditatis petitio*, volesse rinnovare il giudizio con una *rei vindicatio* per rivendicare un oggetto della eredità, o con una azione personale contro un debitore della eredità, è sempre ammessa la nostra eccezione, ed è chiaro: poichè nel primo giudizio si è dimostrato che l' attore non era erede, onde fu la sua azione rigettata, nelle altre azioni sì nella *vindicatio* come nell' *actio in personam* si verrebbe a negare alla prima sentenza la forza di *res iudicata* (ee).

β) Quando è stata rigettata una *rei vindicatio* (ff), e dopo contro l' attore di quella sua promessa un'*actio publiciana*, l'*exceptio dominii* è annullata dalla *replicatio rei iudicatae*.

γ) Similmente quando è rigettata l' eccezione di compensazione, perchè non si trovi fondato il diritto contrapposto, al convenuto, che volesse poscia esercitare quel diritto per azione, osta l'*exceptio rei iud.* (gg).

δ) Similmente valida è quest' eccezione nel caso, che essendo stata rigettata una *rei vindicatio* o una *petitio hereditatis* sopra una parte della eredità o di un oggetto, l' attore volesse dopo intentare per lo stesso fine l'*actio familiae erciscundae* o l'*actio communi dividundo* (hh).

ε) Quando per un delitto nasca tanto la *rei persecutoria*, quanto l'*actio poenalis*, se una di queste azioni sia stata rigettata per l' inesistenza del delitto, il convenuto potrà con efficacia opporre l'*exceptio rei iudicatae*, qualora venisse tratto in giudizio con l'altra (ii).

b) Non è di ostacolo la diversità dell'oggetto, quando non è dubbia l'identità di questione, poichè se le leggi richieggono l'identità delle cose, è perchè le più volte questa mena con sè l'altra; quando questo non è, l' identità di questione sempre prevale. Così:

α) A chi pretenda una parte di cosa, dopo che fu rigettata la sua domanda di

---

(dd) L. 14. §. 3. 6. de except. rei jud. (44.2.). *Paul.* Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem, agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

(ee) L. 3. 7. §. 4. h. t. *Ulp*... Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. §. 5. eod.

(ff) L. 24. h. t.

(gg) L. 7. §. de comp. (16.2.). *Ulp.* Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio; nec enim rei iudicatae exceptio obiici. Aliud dicam, si reprobavit compensationem quasi non existente debito; tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio. — L. 8. §. 2. de neg. gest. (3. 5.). — L. 1. §. 4. de contr. tut. (27. 4.).

(hh) L. 8. 11. §. 3. h. t. *Iulian.* Item parte fundi petita, familiae erciscundae, vel communi dividundo agit, aeque exceptione summovebitur. — L. 25. §. 8. fam. ercisc. (10.2.).

(ii) L. 13. §. 2. — L. 28. § 6. 7. de iureiur. (12.2.).

rivendicazione del tutto, il convenuto può bene opporre l' eccezione del giudicato. N' è ragione, che venuto la prima volta in esame il diritto sulla cosa, fu ancora giudicato del diritto su quella parte, che la seconda volta vorrebbesi rivendicare (kk).

β) Quando poi non si è riuscito a rivendicare una schiava, e poi si tenta di rivendicare il figlio nato di lei dopo la contestazione della lite, l'azione incontra l'ostacolo legale della nostra eccezione; imperocchè non essendo stata riconosciuta la proprietà dell'attore sulla madre nel primo giudizio, gli è stata di conseguenza negata anche sul figlio. La contraddizione che su ciò sembra esistere tra il §. 1. ed il §. 3. della legge 7. h. t. cessa quante volte si pon mente che nel secondo passo per opposto del primo, è supposto l'attore vittorioso nel precedente giudizio.

γ) Tutt' altro ragionamento sarebbe a fare, quando per contrario si muova azione prima per la parte e dopo, rigettata questa, pel tutto; imperocchè la nuova azione non può essere ostata che per sola quella parte riguardata nella prima sentenza; per le altre non può essere impedita questa eccezione; poichè non è possibile intentare una *rei vindicatio* per le sole altre parti (ll).

δ) Quando l'oggetto del primo processo è stato un credito d' interessi, e dopo si chiedono interessi di altro tempo, ovvero si domanda il capitale, l' efficacia dell' *exceptio rei iudicatae* dipende dal misurare esattamente la questione prima trattata. Se per vero la domanda degl' interessi fu rigettata, perchè non fondata l'obbligazione principale, da cui nascerebbero gl' interessi, le azioni posteriori sopra enunciate sarebbero impedite dal giudicato, che tolse così ogni radice ad esse. Se al contrario fu questione solamente d' interessi e la domanda fu rigettata, ma per diverso motivo, forse perchè non eran convenuti interessi, l' eccezione della cosa giudicata non avrebbe efficacia: così non vi sarebbe giudicato da opporre nel caso, che nel giudizio anteriore fu questione di un termine d' interessi, e nel posteriore fosse di un altro termine (mm).

c) Allorchè si muti il fondamento giuridico dell' azione, debbesi distinguere le azioni personali dalle reali. Quelle al mutare del fondamento mutano di sostanza, onde non regge l'*exceptio rei iudicatae*. Al contrario il diritto reale, non ostante i diversi modi di acquisto, rimane sempre il medesimo; e per conseguenza un' azione reale non può essere ripetuta per altro motivo di sua esistenza, salvochè non si trattasse di acquisto posteriore al primo giudizio (nn).

(kk) L. 7. pr. L. 21. §. 1. 2. h. t. *Ulp*. L. 7. Si quis, quum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est: eadem enim res accipitur, et si pars petatur eius, quod totum petitum est; nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in iure.

(ll) L. 26. pr. de except. rei iud. (44. 2.).

(mm) L. 23. h. t. *Ulp*. Si in iudicio actum sit, usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem; quia enim non competit, nec apposita nocet. Eadem erunt, et si quia ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum persequi; nam nihilominus futuri temporis cedunt usurae, quandiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae.

(nn) L. 14. §. 2. h. t. *Paul.* Actiones in personas ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. — ved. anc. L. 11. pr. §. 1. 4. 5. — L. 14. §. 1. — L. 21. §. 3. — L. 25 pr. — L. 30. h. t.

2) Circa all'altra specie d'identità, all'identità subbiettiva, bisogna stabilire per principio generale, che all'*exceptio rei iudicatae* allora ha luogo, quando il secondo giudizio è ventilato tra le medesime persone (oo).

Questo principio nell'applicazione va temperato cosi:

a) Per virtù del mandato giudiziale l'*exceptio rei iudicatae* può essere opposta a colui il quale con suo consenso si fece rappresentare da un altro, o dal suo tutore, così ancora è sufficiente una procura anche in persona del solo difensore (pp).

b) La *exceptio rei iudicatae* si trasmette attivamente non solo al successore universale, ma ancora al particolare, e perciò a quello per cui fu costituito un *ius in re aliena*, naturalmente sotto la condizione che la trasmissione del diritto sia avvenuta durante o dopo il processo (qq).

c) La indivisabilità delle servitù porta con sè, che la sentenza influente per uno dei condomini, genera un' *exceptio rei iudicatae pro* o *contra* l'altro (rr).

d) Quando contro qualcuno è stata ordinariamente prodotta un'azione popolare, questi avrà contro qualunque successiva azione di simil genere la *exceptio rei iudicatae* (ss).

e) Una sentenza pronunziata contro un testamento fornisce l'*exceptio* anche contro i legatarii, ancora quando l'attore fosse stato condannato in contumacia, ovverro abbia fatto concerto di frode contra lui e l'erede *ab intestato*; il che si estende ancora al caso che l'azione dell' erede testamentario sia stata negligentemente condotta, come p. e. quando l'erede testamentario non si sia appellato da una ingiusta sentenza. A questo proposito per accordare alcune differenti leggi bisogna attenersi all'interpretazione di *Cujacio* il quale nella L. 50. §. 1. *de legatis* crede che la parola *non* innanzi alle altre *nocebit legatariis* fosse intrusa per errore nel testo e che per conseguenza bisognerebbe cancellarla (vv).

(oo) L. 1. 3. ved. not. (c). 7. §. 4. — L. 22. h. t.— L. 11. §. 3.— L. 12. de iureiur. (12. 2.). — L. 63. de re. iud. (42. 1.). — L. 2. ult. C. quib. res. iud. (7. 56.).

(pp) L. 11. §. 7. h. t. *Ulp.* Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.—ved. L. 56.de iud. (5.1.).—L. 27. 66. de procuratoribus (3.3.).—L. 17. §.2. de iureiurando (12.2.).— L. 1. C. quib. res. iud. non noc. (7.56.). —*Gai.* Inst. §. 97-99. — Fragm. Vat. 317. 331. 333.

(qq) L. 9. §. 2.— L. 11. §. 3. 9. 10,—L. 28. 29. §. 1. h. t. *Papin.* 28. Exceptio rei iudicatae, nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est. — L. 3. §. 1. de pignor. (20. 1).

(rr) L. 4. §.3. 4. servit. vind. (8.5.). *Ulp.* Sed etsi duorum fundus sit, qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi; et ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.—confr. L. 1. §. 5. de arbor caed. (43.27).

(ss) L. 3. pr. de pop. act. (47.23.). *Ulp.* Sed si ex eadem causa saepius agatur, quum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur.—L.45. §. 1. de proc. (3.3.). L. 30. §. 3. de iureiur. (12.2.). — L. 3. §. 13. de lib. hom. exib. (43.29.).

(vv) L. 3. pr. de pign. (20.1.). — L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. de inoff. testam. (5.2.). — L. 50. §. 1. de legatis. (30.). *Ulp.* Si hereditatis iudex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam, vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocavit? Iniuria ei facta *non* nocebit legatariis. — L. 1. de except. rei iud. (44.2.). *Ulp.* Quum res inter alios indicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legatum agi potest, licet ruptum, vel irritum, aut non iustum testamentum, nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit.

f) Nella obbligazione correale, e conseguentemente nei rapporti dei *fideiussori* tra loro o verso il debitore principale era in vigore nel tempo classico della giurisprudenza romana la regola semplicissima, che, incominciato il processo, con uno dei possibili convenuti, gli altri erano immediatamente liberati, indipendentemente qual sarebbe potuto essere il risultato della lite, senza avere riguardo alla somma per cui uno di essi fosse tratto in giudizio. La liberazione degli altri in questa circostanza poteva essere garentita con la *exceptio rei in iudicium deductae*, ovvero con la *exceptio rei iudicatae*. Se la sentenza era assolutoria, allora la *exceptio* veniva nella sua, così detta, funzione positiva, ossia che poteva essere opposta contro qualunque pretensione contraria al contenuto materiale della sentenza, come se il convenuto fosse stato liberato per mezzo del giuramento: *item si reus iuravit fideiussor tutus sit, quia res iudicata secundum alterum eorum utrique proficiscere* (xx). Giustiniano statuì che in questi rapporti la *litis contestatio* di uno dei fideiussori o debitori non libera gli altri, cosicchè si negava loro la mentovata eccezione. Questa nuova legge si deve comprendere solamente nel senso che non è concessa l'eccezione come prima indipendentemente dall'esito del processo o del contenuto materiale della sentenza: in altri termini nella sua funzione negativa come dicono, ma non in modo assoluto. Imperocchè se il correo è assoluto per motivi inerenti alla obbligazione, gli altri avranno diritto in un ulteriore processo ad opporre una *exceptio rei iudicatae* (yy).

(gg) Perfettamente simile al caso precedente era considerato l'altro nel diritto classico, quando cioè per una obbligazione tra due determinate persone un'azione era prodotta contro un terzo, il quale, per un qualunque principio, trovavasi obbligato, come è il caso delle così dette *actiones adiectitiae qualitatis*; avveniva una consumazione dell'obbligazione di guisa che l'azione intentata contro un possibile convenuto, liberava l'altro anche senza badare all'esito del processo. Fra le altre sono comprese le azioni intentate contro il padre, il padrone o il mandante per le obbligazioni contratte dal figlio di famiglia, dallo schiavo, e dal mandatario.

Il diritto antico anche qui provvedeva al rigore del principio con mezzi indiretti ed eccezionali, o ammettendo un'azione d'indennizzo, o concedendo la *in integrum restitutio*; ma egli è ben naturale che nella legislazione giustinianea la soluzione di questo caso sia riformata come il precedente; ossia deve cessare il principio della consumazione dell'obbligazione, prendendo criterio giuridico non dalla contestazione, ma dalla lite (zz).

(xx) L. 42. §. 3. iureiur. (12.1.). — Ved. anc. L. 2. de duob. reis. (45.2.). — L. 5. fin. de fideius. (46. 1.). — L. 31. §. 1. de novat. (46.2.). — *Paul.* rec. sent. II. 17. §. 16.

(yy) L. 28. C. de fideiuss. (8.41.). *Iust.* Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus etenim in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fideiussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri nisi satisfactum sit creditori, sed manere in integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo ei satisfiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat —Ved. *Keller* sulla *lit. contestatio* e la sentenza, Zurigo 1827. pag. 414.

(zz) L. 30. §. 4.—L. 32. pr. de pec. (15.1.).— L. 1. §. 24. de exerc. act. (14.1.).—L. 4. §. 5. quod cum eo (14.5.). — *Keller*, o. c. pag. 413. 420. — *Vangerow*, o. c. §. 173.

SEZIONE V.

DELLA *IN INTEGRUM RESTITUTIO*.

T. D. de in integrum restitutionibus (4. 1.). — Ved. an. T.2. — TT. C. (2. 20-55). Variorum Ictorum tractatus de restitutione in integrum IV. tom. Francof. 1569. — *Donelli*, Com. iur. civ. XXI. c. 4-14. — *Dompierre de Tonquierres*, Specimen de restitutione in integrum, Lugd. Bat. 1767.—*Burchardi*, Della teoria della restituzione nello stato primiero, Gott. 1831. —*Savigny*, Sist. VII. §. 315. ss.

§. 97.

I. Concetto della restituzione.

L'umana libertà, costretta ad esercitarsi nell' ordine delle leggi, che sole le assicurano la necessaria garanzia, sarebbe alcuna volta impedita e sopraffatta nell' operosità sua, non potendo l'assolutezza di quell' ordine tutte antivedere le circostanze dei casi, e assecondare l'infinita gradazione dei fatti. Ond'è che di tratto in tratto si sente una lacuna che non puossi altrimenti colmare che correndo ai principii di equità ed a mezzi straordinarii.

Là dove quell'ordine più assolutamente procede, più apparenti si fanno le sue lacune: così è nel diritto romano dove massima è l'esattezza della deduzione metafisica: ma è pure nel diritto romano che ammiriamo la più provvida fecondità di espedienti per ovviare alle non eque applicazioni di un principio austero. Fin dai primi tempi fu questo l'assiduo ed intricato compito dei Pretori: far prevalere con pieno risultato, e pure senza irriverenza alla legge, la *naturalis ratio* al rigore del sistema giuridico, nei casi appunto che questo a quella contrastasse. E meravigliosamente soddisfecero all' esigenza, creando una serie di mezzi acconci ad inviluppare senz' offesa il diritto, e sorreggerlo nella pratica coi rinfranchi dell' equità. Uno di questi mezzi, il più notabile e caratteristico è la *restitutio in integrum*, che tende a ristabilire l'antico stato di cose cambiato da un austero dettato del diritto, e fa rivivere un diritto iniquamente perduto.

1) Il vero concetto della restituzione in intero dunque consiste in un compromesso tra l'assoluto diritto e l'equità, e presuppone una relazione giuridica stabilita, la quale è rivocata con quel mezzo. Per lo che non segue vera restituzione in intero:

a) quando i contraenti per mutuo consenso sciolgono una obbligazione contratta;

b) quando uno dei contraenti fa uso della legge commissoria o dell' *addictio in diem;*

c) quando si adopera un' *actio rei persecutoria ex delicto*, ovvero un interdetto restitutorio.

In tutti questi casi, segue una restituzione nello stato primiero, ma non una *in integrum restitutio* nel significato di sopra esposto.

2) L'istituto della restituzione non può essere che pretorio, e non può ammettersi una *in integrum restitutio civilis.*

3) La restituzione in intero deve venire immediatamente dal potere del magistrato; perciò l'ipotesi di questo mezzo si distingue non solo da quei casi, in cui la restituzione avviene *ipso iure;* ma ancora da quelli in cui avvi bisogno di un altro atto per raggiungere lo scopo della restituzione.

La *in integrum restitutio* adunque è un mezzo straordinario il quale, fondato sul dritto pretorio per l'immediato potere del magistrato, opera il ritorno nel diritto o nello stato primiero perduto, nello scopo di accordare il rigore de'principii con l'equità dell'applicazione.

§. 98.

II. Condizioni richieste per la restituzione

Affinchè fosse dato il mezzo straordinario della restituzione, le leggi richiedono due condizioni essenziali, cioè: una lesione, ed una *iusta causa restitutionis.*

1) Per lesione in questo luogo non intendiamo la violazione del diritto, giacchè per una lesione in questo significato è inutile un mezzo straordinario, quando la legge dà le azioni proprie ad ogni violazione di diritto; ma dobbiamo intendere per lesione, requisito essenziale per la restituzione, ogni cambiamento nello stato giuridico, il quale porta un importante pregiudizio per colui che domanda di essere restituito nello stato primiero. Dippiù un tale pregiudizio dev' essere avvenuto non per via di fatto, ma legalmente ossia per un modo riconosciuto dalle leggi, sia per azione, sia per conseguenza di omissione (a).

Va incluso nel concetto di lesione non solo la diminuzione del patrimonio, ma ancora, con qualche temperamento, il lucro cessante. E di vero quella perdita che s'intende comunemente sotto il nome di lucro cessante ha due forme nascenti dalle due specie di lucro: 1) lucro che reca diminuzione di patrimonio nell'altrui, come la pena pecuniaria, l'acquisto per usucapione; 2) lucro che non altera l'altrui patrimonio. La lesione o la perdita di un lucro della prima specie non potrà essere mai considerata come valido motivo di restituzione; laddove nel secondo caso il lucro cessante è equiparato al danno positivo, così p. e. quando si è trascurato l'acquisto di una eredità o di un legato, questa perdita è di un lucro che non involve la diminuzione del patrimonio altrui, ed è però riconosciuto come motivo di restituzione (b).

(a) L. 16. pr. de minoribus. *Ulp.* In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integr. restitutionem. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

2) L'altro requisito per la restituzione è il giusto motivo (*iusta causa restitutionis*), ossia uno stato speciale della persona , pel quale si dà facoltà di produrre un mezzo staordinario, come eccezione delle comuni regole di diritto. Sei motivi di restituzione sono generalmente riconosciuti, cioè: *per infirmitatem aetatis, absentiam necessariam, metum, dolum, status permutationem et iustum errorem* (c).

§. 99.

1) Dell' età.

1) I minori a causa della poca esperienza e della fragilità della volontà sono designati dalla legge come in uno stato irregolare, e perciò essa concede loro la restituzione in intero per tutti quei pregiudizii che si arrecano al loro patrimonio dalle conseguenze del diritto rigoroso; e ciò tanto per gli atti giuridici compiuti da loro medesimi, quanto per quelli compiuti dal loro procuratore curatore o anche per decreto del magistrato; tuttociò quando la legge non può loro offrire un mezzo ordinario sufficiente a tutelare i proprii interessi (a).

2) La restituzione ha luogo contro tutti coloro i quali contrassero con i minori e contro i loro eredi; contro un terzo possessore il quale acquista di mala fede, e contro colui il quale acquistò di buona fede, ma

---

(b) L. 7. §. 6. de min. (4.4.) *Ulp.* Hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur. — L. 17. §. 3. de usuris (22. 1.). — L. 18. 20 ex quid. causis. (4. 6.) — L. 17. pr. §. 1. L. 27. L. 41. ex quid. caus. (4. 6.) *Paul.* L. 27. Et sive quid amiserit , vel lucratus non sit, restitutio est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. — L. 1. 2. C. si ut omiss. (2.40.).

(c) L. 1. de in integr. restit. *Ulp.* Utilitas huius tituli non eget commendatione: ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominubus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit: sive *metu*, sive *calliditate*, sive *aetate*, sive *absentia* inciderunt in captionem (*Paul.* L. 2. eod.): sive per status mutationem, aut iustum errorem.

(a) L. 1 3. §. 4. 11. L. 4. 5. 23. 24. §. 1. L. 29. 38. pr. §. 1. de. min. (4. 4.). *Ulp.* L. 1. Hoc edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet , fragile esse, et infirmum huiusmodi aetatum consilium , et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Praetor hoc edicto pollicitus est, et adversus captiones opitulationem.

che non sia nel caso di risarcire il minore di tutto il danno, ovvero quando è interesse del minore di avere anzi la cosa che l'indennità (b).

3) Non è ammessa la restituzione nei seguenti casi:

a) Quando in un affare vantaggioso pel minore il danno è avvenuto per caso fortuito seguito dopo conchiuso l'affare, salvo che questo danno non sia stato prodotto dall' inesperienza del minore: imperocchè in questo caso sarebbe ammessa la restituzione (c).

b) Quando il minore usò la frode dicendosi maggiore (d).

c) Per un affare confirmato dal giuramento (e).

d) Quando il minore giunto alla maggiore età ratifica il negozio conchiuso durante la pubertà (f).

e) Quando la domanda per la restituzione appare immorale (g).

f) Concedendosi al minore la *venia aetatis,* questi perde il benefizio della restituzione; lo perde ancora scorsi i quattro anni dal giorno della età maggiore (h).

g) Se il minore abbia egli rinunciato alla *querela inofficiosi testamenti* (i).

Per analogia dei minori la restituzione fu estesa anche ai Comuni, ed al Fisco (k).

(b) L. 6. 7. C. h. t. (2. 22.) — L. 9. pr. — L. 13. 14. 35. h. t. (4. 4.). *Ulp.* L. 13. in fin. Pomponius quoque libro vicesimo octavo scribit. Labeonem existimasse, si minor vigintiquinque annis fundum vendidit et tradidit, si venditor rursus eum alienavit, siquidem emtor segnens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam; si ignoravit, et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam; sin vero non esset solvendo, nequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor est.

(c) L. 11. C. de praediis (5. 71.). — L. 2. C. de fideiuss. min. (2. 24.). — 24 §. 4. L. 27. §. 1. h. t. (4. 4). — L. 32 de admin. (26. 7.). — L. 2. C. si adv. cred. (2. 38.).

(d) L. 1. 3. C. si minor se maior dixerit. (2. 43). *Dioclet* et *Maxim.* Si is, qui minorem nune se asseverat, fallaci maioris aetatis mendacio te deceperit, iuxta statuta iuris, quum errantibus non etiam fallentibus minoribus publica iura subveniant, in integrum restitui non debet.

(e) L. 1. C. si. adv. vendit. (2. 28.). *Alexand.* Si minor annis vigintiquinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse contraversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare, confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.

(f) L. 3. §. 1. 2. — L. 20. §. 1.—L. 21. h. t. (4.4.) —L. 3. §. 1. *Ulp.* Si quis cum minore contraxerit, et contractus inciderit in tempus, quo maior efficitur, utrum initium spectamus, an finem? Et placet, ut est et constitutum, si quis maior factus comprobaverit, quod minor gesseret, restitutionem cessare. — T. C. si maior. fact. rat. hab. (2. 46.).

(g) L. 1. C. si adv. don. (2. 30.).—L. 11. C. de transact. (2. 4.).—Nov. 115. c. 3. §. 13. in fin.

(h) T. C. de his qui veniam aet. (2. 45.). — L. 15. §. 2. h. t. (4. 4.).

(i) L. 1. de in int. rest. min. (2. 22.).

(k) L. 4. C. quid. ex causis (2. 55). *Diocl.* et *Maxim.* Respublica minorum iure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest. — L. 3. C. de iur. reip. (11. 29.). — L. 1. C. (1. 50).

4) La restituzione in intiero giova anche al fideiussore del minore ; ossia il fideiussore potrà valersi della restituzione già data al minore; eccetto nel caso in cui intercedeva per garentire il creditore dalla minore età del debitore, e che questi avesse ottenuto il beneficio della restituzione per motivo dell'età e non per altro, come p. e. per dolo del creditore (1).

§. 100.

2) Dell' assenza.

L' assenza è ancora giusto motivo di restituzione, quando per essa alcuno abbia patita diminuzione di patrimonio.

1) Secondo il contesto del diritto pretorio è conceduto il beneficio della restituzione a colui che per motivi straordinarii di assenza perdè un suo diritto, ovvero quando per assenza dell'avversario fallì nella sua azione. Nel primo caso ossia per assenza *propria* era concessa la restituzione quando l'assenza fu necessaria; per l'assenza colpevole si concedeva il beneficio, quando non si poteva imputare all' assente di non aver lasciato procuratore (a) ; non ha luogo restituzione per un' assenza volontaria non biasimevole; e per l' assenza plausibile è ammesso il beneficio nel caso che non si possa incolpare all'assente di non aver lasciato procuratore (b).

2) Il motivo di restituzione può essere nella persona dell'avversario, contro del quale dovea esercitarsi il diritto, come nell'assenza del debitore o del possessore; in questo caso fa mestieri che l'assente non abbia lasciato procuratori contro cui l' avente diritto poteva far uso delle sue azioni (c).

ANNOTAZIONE

L'editto pretorio L. 1. §. 1. (4. 6.), può essere diviso in tre parti; la prima, che termina con le parole *dies exisse dicetur*, contiene i casi, pei quali un assente può farsi restituire ; essi sono: Per un timore ragionevole ossia un timore riconosciuto dalle leggi come scusabile : Per servizio dello Stato , come per milizia quantunque il soldato avesse guarnigione nella sua patria (d) : Per schiavitù presso del nemico, ovvero per prigionia (e).

---

(1) L. 25. de fideiuss. (46. 1.). — L. 127. de V. O. (45. 1.). — L. 3. §. 4. L. 9. §. 3. L. 13. pr. de min. (4. 4.). *Ulp.* In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, ut puta fideiussoribus. Itaque si, quum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiussoris pro eo, non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi denegandа erit mandati actio.

(a) L. 26. §. 1. — L. 40. §. 1. — L. 14-15. h. t. (4. 6.).

(b) L. 14. 37. §. 1. eod. (4. 6.).

(c) L. 1. 21. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 26. §. 3. h. t. (4. 6.).

La seconda parte, che incomincia con le parole *item si quis*, riguarda il caso opposto, cioè quando contro l'assente si domanda il beneficio della restituzione; i casi sono — Quando si è acquistata una usucapione, o si è estinta un'azione personale, mentre il possessore ed il creditore erano assenti, o si trovavano in prigione, o non si poteva evocare in giudizio — Quando in un giudizio di appello il processo non è andato innanzi — Quando senza colpa dell'attore per lungheria della giustizia è andata perduta la nostra azione.

Accanto a questi casi determinati si aggiungono generalmente altri motivi di restituzione pel seguente principio, *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam*. Ciò è detto dai giuristi clausola generale, e sopr' essa evvi oggi controversia; dappoichè alcuni vorrebbero che i casi contenuti nella così detta clausola generale non derivino, che dal medesimo principio di assenza; altri al contrario vorrebbero che, in modo generale, quando avvi un motivo di equità, il giudice dopo cognizione di causa può concedere il beneficio della restituzione.

Sarebbe grave errore essere esclusivi in siffatta questione; sembra che la verità sia nell'accordo di entrambe le questioni. Voler circoscrivere i casi della clausola generale ai soli conosciuti sotto il nome generico di assenza sarebbe far della terza categoria un'inutile ripetizione; giacchè il Pretore non direbbe altro nelle due prime categorie; estendere per contra ad ogni caso di equità il beneficio della restituzione, sarebbe troppo libero campo all'arbitrio del magistrato. Non resta che accettare entrambe le opinioni, temperando l'una e l'altra, e così solamente sarà facile trovare la ragione della triplice distinzione di casi nella medesima teoria dell'assenza. La interpretazione vera dunque dell'editto sarebbe la seguente: Il Pretore oltre ai casi determinati sotto il nome di assenza, potrà concedere anche il beneficio della restituzione per altri casi, i quali fondati sulla equità, abbiano alcuna affinità ed analogia con quelli determinati per l'assenza. In questo modo la clausola generale non sarebbe che una maggiore estensione delle prime due categorie di casi chiamati complessivamente assenza. Questo è il vero senso del comento fatto da Ulpiano all' editto.

La verità di tale interpretazione si fa più manifesta con la ricerca dei singoli casi, che possono esser compresi nella clausola generale; nel complesso di essi si vedrà, che, secondo questo principio, si accorderà la restituzione nello stato primiero tutte le volte, che un ostacolo legale, il quale abbia analogia con l' assenza, impedisce che un diritto fosse esercitato; o che una inazione necessaria produsse la perdita del diritto (f). Questa estensione della teoria dell'assenza come giusto motivo di restituzione può riguardare tanto la prima quanto la seconda categoria dei casi contenuti nell' editto; val dire, che l'ostacolo per produrre l'azione può avvenire e nella persona di colui che chiede la restituzione, ovvero in quella contro cui il beneficio si domanda. E di vero si può estendere il concetto della restituzione per assenza secondo il primo caso ad altri che sarebbero compresi nella clausola generale. Essi sono:

(d) L. 7. 35. §. 4. — L. 45. (4. 6.).

(e) L. 15. §. eod.

(f) L. 26. §. 9. h. t. *Ulp. item*, inquit Praetor, *si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam* — Haec clausola Edicto inserta est necessario, multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim numerari potuerunt, ut, quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausolam erit discendendum; ut puta legatione quia pro civitate factus est, aequissimum est eum restitui, licet Reipublicae causa non absit: et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere sive habuit procuratorem, sive non. Idem puto etsi testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in Urbem, vel ad Principem, nam et hic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis

a) La restituzione alla moglie del soldato (g) — b) ai *legati civitatum* (h) — c) ai *procuratores Caesaris* e al *patronus fisci* (i) — d) all' assente per causa di studio (k) — e) a colui che sotto garantia si è obbligato di non lasciare un determinato luogo (l) — f) all'esiliato (m) — ai *nascituri;* il qual caso può essere compreso anche nella teoria de'minori (n) — g) a colui che per alluvione o per siccità è impedito di far uso di un suo diritto di servitù (o) — h) all' erede, il quale per essersi indugiata l'apertura del testamento ha sofferto un danno secondo il senato-consulto Silaniano (p).

Quando l'ostacolo sta nella persona di colui contro il quale si chiede la restituzione, la estensione dei casi di assenza può comprendere i seguenti casi i quali con l'assenza hanno una più o meno prossima similitudine: come la restituzione contro un demente, contro un minore, o contro una comunità, che non han procuratori (q).

§ 101.

3) Della violenza, della frode, e dell'errore.

T. D. Quod metus causa (14. 2.).—D. C. de his, quae vi metusve causa (2. 20.). — T. D. de dolo malo (4. 3.). — C. h. t. (2.21.).

I. La violenza e la frode in tutti i casi, nei quali sono presi in considerazione dal diritto, dan luogo ad un'*actio quod metus causa,* e un'*actio doli*, e secondo le circostanze una *exceptio* che porta il medesimo nome. È per ciò che parecchi giuristi, o non ammettono restituzione per questi motivi; o la confondono con le mentovate azioni ed eccezioni. Il

---

peregrinati sunt, similiter subventum. Et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.

(g) T. C. de uxoribus. milit. (2. 52.).

(h) L. 8. 26. §. 9. — L. 35. §. 1. h. t. (4. 6.). — L. 1. C. h. t. (2. 54.).

(i) L. 35. §. 2. h. t.

(k) L. 28. pr. h. t.

(l) L. 28. §. 1. eod.

(m) L. 26. §. 1. — L. 40. §. 1. h. t.

(n) L. 45. pr. de minor. (4. 4.).

(o) L. 34. §. 1. — L. 35. de servit. praed. rust. (8. 3.). — L. 14. pr. quand. servit. (8. 6.).

(p) L. 3. §. 31. ad. SC. Silanianum (29. 5.).

(q) L. 22. §. 2. h. t. *Paul.* Quod edictum etiam ad furiosos, et infantes, et civitates pertinere, Labeo ait. — L. 124. de R. I. (50. 17).

motivo legale della violenza e della frode nella maggior parte dei casi può veramente prescindere dal mezzo straordinario della restituzione, reso perfettamente inutile dalle azioni, e dalle eccezioni di dolo e *quod metus causa*; ma è vano sconoscere dall'altra parte che vi sono casi nei quali le azioni ed eccezioni citate non sono per nulla sufficienti; ed allora è concesso il beneficio della restituzione. Nei testi è determinato un caso nel quale i mezzi ordinarii possono essere insufficienti, ed espressamente vi è concesso il beneficio della restituzione: e specialmente, quando altri per timore è costretto ad accettare o a rinunziare una eredità, potrà domandare la restituzione in caso che cotesta accettazione o rinuncia fosse a lui di pregiudizio (a). In questa circostanza, ognuno il vede, i mezzi ordinarii possono essere insufficienti a causa delle indeterminate giuridiche relazioni, le quali possono essere congiunte alla eredità.

Si concede questo mezzo straordinario naturalmente quando il motivo è riconosciuto di tale valore da dare luogo ad un beneficio, così come a suo luogo fu detto (§. 43.).

II. Anche l'errore è espressamente rammentato per un caso nell'editto qual motivo di restituzione (b); ed oltre a ciò in moltissimi casi, dove la equità assolutamente lo comanda, il giusto errore appare sempre come motivo di restituzione, specialmente per indugio avvenuto, per errore negli atti processuali (c), e se è fondata l' *actio doli*, la prima è preferita (d).

ANNOTAZIONE

Si spiega facilmente come alcuni giuristi tengono che la restituzione specialmente per i motivi di violenza e di frode si contiene nei mezzi sussidiarii delle azioni ed eccezioni *quod metus causa* e *doli*, quando si considerano questi mezzi di tutela nel posto che occupano nel sistema del diritto romano e nel loro fondamento storico. Egli è fuori d'ogni dubbio esser stato un antico e continuo principio di diritto che nei giudizii di buona fede il giudice poteva investigare, se in una relazione giuridica vi fossero questi due motivi, e senza che la clausola *quod metus causa* o *doli* fosse già nella formola dichiarata. Questo stato non era meno di vantaggio all'attore che al reo; al primo perchè con la medesima azione del contratto poteva domandare l'indennità al reo convenuto, all'altro perchè fino alla decisione poteva opporre un'*except. doli (generalis)* (e). Nelle azioni di stretto diritto al contrario, tanto l'attore quanto il reo convenuto potevano valersi di questi mezzi solamente, quando ciò era determinato espressamente nel negozio giuridico in questione, val dire per stipulazione (f).

(a) L. 21. §. 5. 6. quod met. caus. (4.2). *Paul.* Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi nihil potestas tribuatur. §. 6. Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi petat.

(b). T. D. Quod falso tut. actore gestum esse dicatur (27. 6.).

(c) L. 11. §.8-10 de int. in iure (11.1). *Ulp.* Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est.—L. 7. in fin. de confessis (42.2).— L. 11. pr. de exc. rei iud. (44.2). — L. 1. §. 5. de edendo (2.13). — L. 8. §. 2, qui sat. cog. (2.8). — §. 33, de act. (4.6).

(d) L. 7. §.1. de in int. rest. (4.1). *Marc.* Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium; etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, quum etiam de dolo malo actio competere soleat. Et boni Praetoris est potius restituere litem, ut et ratio, et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc domum descendendum est, quum remedio locus esse non potest.—L. 1. §. 6. — L. 7. pr.—L. 38. (4.3). — L. 33. de re iud. (42.1).

Questo principio fu la base degli editti pretorii posteriori e tra gli altri è d'uopo rammentare l'editto Cassiano, il quale, per chi ben l'intende, non introdusse l'*actio quod metus causa*, ma bensì estese l'*exceptio doli* anche nei giudizii di stretto diritto, non certamente nel medesimo modo come nei *bonae fidei iudiciis;* ma con questa differenza, che nei giudizii di stretto diritto non si richiese più una stipulazione, affinchè le parti potessero valersene, ma che il Pretore investigava se ne fosse il caso, quindi la inseriva nella formola; laddove prima di questo editto eravi duopo della stipulazione tra le parti (g). L'*actio quod metus causa* molto più fu introdotta per mezzo dell'editto Ottaviano del quale un frammento leggesi nella legge 1. *quod metus causa*, ed una formola di azione secondo l'editto medesimo nella legge 14 § 11. eod. A questi due editti possiamo aggiungere un altro, ed è l'editto Aquilio rammentato anche da Cicerone nella sua *natura Deorum*, il quale introdusse un'*actio doli*, sicchè da questo editto in poi si ha un *actio* ed *exceptio doli*; dove chè innanzi all'editto medesimo non si aveva che l'*exceptio doli* dell'editto Cassiano (h).

Da tuttociò si scorge che, se vi fosse una relazione giuridica nella quale si trovasse uno di questi motivi, il diritto stabiliva o l'uno o l'altro di questi mezzi per tutelare gl'interessi di colui il quale era stato danneggiato per violenza e per mezzo della frode: in entrambi i casi non si nomina altro che *actio* od *exceptio* e non la restituzione. Nessuna meraviglia dunque che molti opinano che la restituzione in altro non consista che nell'uso di queste azioni od eccezioni.

Al contrario se ciò fosse non distingueremmo più i caratteri della restituzione; invece è da ritenersi che s'introdusse la teoria della restituzione nello spirito dell'editto Ottaviano, e fu sostenuta dai rescritti imperiali per un processo più spedito e per quei casi, pei quali non erano sufficienti i mezzi testè citati.

(e) L. 7. pr. §. 3.—L. 9. pr. de dol. (4.3.). *Ulp.* Si quis affirmavit minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, quum ex vendito sufficiat.— L. 4. pr. — L. 6. §. 9.—L. 13. §. 4. 5.—L. 30. §. 1. de act. emt. (19.1.). — L. 43. §. 2.—L. 68. §. 1. 2. de contr. emt. (18. 1.).

(f) L. 1. §. 4.—L. 7. §. 3. de dol. (4.3.). — L. 31. de recept. (4. 8.).— L. 22. 38. §. 13.— L. 53. 119. 121. pr. §. 3. de V. O. (45.1.).

(g) L. 4. §. 33. de dol. mal. et met. exc. (44.4.). *Ulp.* Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: *si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, veruntamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio obiici possit.—*Burchardi*, o.c. pag. 300.

(h) *Rudorff*, Giornale storico XII p. 160.— *Cicer.* de nat. Deor. III. 30.

Chechè ne sia sulla origine della restituzione per questi motivi, non è da mettersi in dubbio che per il motivo del *metus* sia fondato nel diritto il beneficio della restituzione oltre all'*actio* o all'*exceptio quod metus causa*. Imperocchè la legge di Ulpiano L. 9. h. t. per comento all'editto Ottaviano lo dice espressamente. Non sarà inutile di esaminare particolarmente questa legge sovente frantesa. Nel §. 3. il giurista romano stabilisce che il negozio giuridico fatto sotto la pressione della violenza può essere imperfetto, e perfetto; dopo di ciò egli allega una opinione di Pomponio il quale ammette che in un negozio imperfetto puossi dare l'*exceptio quod metus causa*, e nel negozio perfetto l'eccezione e l'azione.

Questa opinione è creduta erronea da Ulpiano, il quale per entrambi i casi dà l'azione e la eccezione, ed il suo argomento è un rescritto imperiale di Alessandro Severo, secondo cui anche per un negozio imperfetto si concede la restituzione *in integrum*. Quindi così prosegue: « ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta « sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. Volenti autem datur et in rem « actio, et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione ». Queste ultime parole non possono riferirsi ad altro che alla *restitutio in integrum*, differente nella sua essenza dall'azione; e la differenza sostanzialmente consiste in ciò, che il magistrato dopo cognizione di causa con decreto rescinde l'atto giuridico e restituisce il diritto perduto; di guisa che è ammessa novellamente l'antica azione, la quale secondo le circostanze può essere o *in rem* o *in personam*, ed è diretta per quell'obbietto per cui era prima (i).

§. 102.

Altri requisiti per la restituzione in intiero.

I. La restituzione in intero dev'essere domandata da colui al quale spetta il beneficio legale, ossia da colui che ha sofferto la lesione di diritto per uno di quei motivi già discorsi.

Oltre a lui può concedersi la restituzione ad altre persone che per una qualunque relazione giuridica abbiano da lui dipendenza legale. Fra queste persone a cui si concede per dipendenza sono:

a) Il successore universale; in quanto che il diritto alla restituzione può farsi valere dopo la morte dell'interessato da' suoi eredi, ovvero da coloro i quali stanno con la sua eredità in uno strettissimo rapporto, come il successore per un fidecommesso della eredità; può farsi valere dopo la servitù dell'interessato dal padrone, entrando come erede dello schiavo (a).

(i) *Vangerow*, o. c. §. 185.—*Savigny*, Sist. VII. §. 330.

(a) L. 6. de in int. rest. (4.1.). — L. 18. §. 5. de min. (4.4.). *Ulp.* Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, et si sint ipsi maiores.

b) Colui che ne abbia avuta cessione (b).

2) Il beneficio della restituzione si può far valere contro molte persone secondo la differenza delle giuridiche relazioni, e particolarmente:

a) Se si tratta di un contratto, le conseguenze del quale arrecano un pregiudizio importante alla persona, che trovasi nelle condizioni legali di farsi restituire, allora, comechè è quistione di toglier forza alle conseguenze del medesimo, l'altro contraente è la parte contraria in un giudizio di restituzione, come se fosse un'azione personale.

b) All'incontro se si trattasse di domandare la restituzione contro un'usucapione compiutasi per assenza del possessore, allora il possessore è obbligato alla restituzione, stantechè contro lui sarà prodotta l'azione di proprietà rinata per mezzo della restituzione.

c) Finalmente se si domanda la restituzione contro un'accettazione o una rinuncia di eredità, allora le persone obbligate alla restituzione sono quelle con le quali si può avere relazione giuridica in qualità di erede.

3) Alcune persone sono eccettuate in quanto che contro di esse non si potrà mai domandare una restituzione; queste sono:

a) I figli non possono domandare il beneficio della restituzione contro i genitori e viceversa (c).

b) Non si può domandare la restituzione per alienazioni fiscali (d).

c) È esclusa contro la prescrizione di trenta e più anni (e).

d) È esclusa ancora dalla celebrazione del matrimonio.

e) Nè è ammessa quando ciò che si domanda per mezzo della restituzione è molto meno del danno che si produce all'altro con la restituzione (f).

f) Finalmente è esclusa la restituzione per delitto commesso dall'interessato (g).

(b) L. 24.pr. de min. (4.4.). *Paul.* Quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat. Quod si hoc facere recusaverit, tunc si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur; sed compellendus est sic ei cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire.—L. 25.de adm. tut. (26..7). — L. 20. §. 1. de tut. act. (27.3.).

(c) L. 2. C. quis et adv. quos (2.42.).—confr. L. 3. §. 6. de min. (4.4.)—L. 2. C. si adv. rem iud. (2. 27.).—L. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. (6.61.). — Nov. 155. c. 1.

(d) L. 2. in fin. 3. C. si adv. fisc. (2.37.).— L. 5. C. de fid. hastae (10.3.). *Valent. Valens* et *Gratian*..... Et si quidem unquam ut a fisco facta venditio possit infringi, auctoritate rescripti fuerit impetratum, nullus obtemperet, quum etiam minoribus, si quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitis adiudicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem intercipiatur aetatem.

(e) L. 3. C. de praescript. 30 ann. (7.39.). — confr. L. 5. C. in quib. caus. (2.41.).

(f) L. 4. de in integr. (4. 1.)—.L. 24. §. 2. de min. (4.4.).

(g) L. 9. §. 2. 5. de minor. (4.4.). *Ulp.* Si in commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio. Quod sic erit accipiendum, si non dolus ipsorum interveniat; ceterum cessabit restitutio.

II. Il beneficio della restituzione dev'essere domandato dall'interessato durante un tempo stabilito dalle leggi, ossia dev'essere domandato nel termine di quattro anni, invece della distinzione antica, oltre dei quali si prescrive. In rapporto al principio di una tale prescrizione è d'uopo ricordarsi i motivi speciali di restituzione e propriamente:

a) Nella restituzione per la minore età la prescrizione incomincia dal primo giorno del 26° anno, e relativamente dalla dichiarazione legale di maggiore età (h).

b) Nelle restituzioni per assenza ed ostacoli affini il tempo della prescrizione incomincia a decorrere dal giorno, in cui è sparito l'ostacolo legale che ne formava la causa, ossia dalla presenza (i).

c) Per la restituzione a causa di violenza, frode e del giusto errore dal giorno della lesione (k).

Il quadriennio è stabilito non solo, perchè in questo periodo debba essere domandato il beneficio, ma bensì terminato il processo.

Se colui al quale direttamente compete la restituzione muore o il tempo continua per i suoi eredi, in questa guisa: se essi sono maggiori il tempo ricomincia dall'entrare della eredità, se minori dal primo giorno della loro età legale (l).

III. Il processo di restituzione ha lo scopo di produrre una decisione sulla giustizia della domanda di restituzione, e di abolire il pregiudizievole cambiamento del diritto, restituendo le parti nello stato anteriore alla violazione. Appena decisa la restituzione si può incominciare novellamente a fondare una questione di diritto, ossia un altro giudizio, e così in forza di questo beneficio puossi avere un doppio giudizio un *iudicium rescissorium* ed un *iudicium restitutorium* (m). Qualche volta è inutile fare un secondo giudizio; imperciocchè col primo si può ottenere come per conseguenza quello che si sarebbe potuto ottenere con l'altro (n).

(h) L. 5. pr. L. 7. C. de temp. in int. rest. (2.53.).— L. 7. C. h. t. Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod iudici descrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vigesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhibere sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observatur ad interponendam contestationem finiendamque litem. §. 1. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus; ita et in maiorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio.

(i) L. 7. §. 1 C. eod. (ved. not. prec.).—L. 1. §. 1.—L. 28. §. 3. ex quib. caus. mai. (4.6).

(k) L. 8. pr. C. de dolo malo (2.21.).

(l) L. 19. de min. (4.4.). — L. 5. §. 1-3. Cod. de temp. in int. rest. (2.53.).

(m) L. 13. §. 1.—L. 24. §. 5. (4.4.). — L. 3. de in int. rest. (4.1.). *Modest.* Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.—L. 9. §. 4. quod met. caus.

Ogni magistrato competente può accordare la restituzione. Durante il processo nulla può essere mutato nello stato del diritto (o).

ANNOTAZIONE

La legge di Giustiniano che determina il tempo, durante il quale la domanda della restituzione dev'essere presentata al magistrato e terminato il processo, altera il diritto antico dal legislatore stesso rammentato. Essendo la restituzione nello stato primiero del diritto un mezzo pretorio, si estingueva egualmente come ogni mezzo pretorio dopo un anno utile, eccetto la restituzione per diminuzione *capitis* dichiarata perpetua (p). Per mezzo di Costantino fu portata una modificazione, ed invece dell'anno utile fu stabilito un quinquennio, un quadriennio, o un triennio continuo, secondochè il minore vivesse in Roma, in Italia, o nelle provincie. Giustiniano eguagliò tutti, determinando il tempo ad un quadriennio continuo da incominciare in caso di minore età dal primo giorno della maggiore età, ed in caso di assenza dalla presenza dell'individuo contro del quale si voleva far valere la restituzione. Ora è piaciuto a qualche giurista a dispetto di questa chiara determinazione della legge, di cercarvi dentro quest'altra teorica: ossia che il mentovato quadriennio incominci al momento che il danneggiato ebbe conoscenza della lesione; di guisa che in questo proposito si ammette il così detto *tempus utile ratione initii et continuum ratione cursus* (q).

Sarebbe fuori proposito in questo luogo ripetere quel che dicemmo sul valore delle quattro combinazioni del tempo continuo ed utile (§ 71); da quanto abbiamo dimostrato, anche ammettendo che il tempo incominci dalla conoscenza, il quadriennio sarebbe utile; difatti la scusa dell'ignoranza, ch'essi dicono ammessa, potrebbe avvenire tanto al principio quanto nel corso del tempo. Ora come sarebbe poi compatibile questa teoria con le regole generali sul tempo utile, e soprattutto con la legge di Giustiniano che ci dice espressamente continuo il termine della restituzione? Pur lasciando da banda tale questione vediamo se ci può essere qualche

---

(4.2.) *Ulp.* Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione.—L. 28. §. 5. 6. (4.6.).— L. 7. §. 3 quod falso tut. (27.6.).— L. 46. §. 3. de procur. (3.3.). — L. un. C. si adv. dot. (2.34.). — Nov. 119. c. 6.

(n) L. 13. §. 1. de min. (4.4.).—L. 9. §. 4. de iureiur. (12.2.). L.2. pr. ex. quib. caus. (4. 6).—L. 24. §. 4.—L. 39. pr. de min. (4. 4.). 4). *Scaevola.* Intra utile tempus restitutionis apud praesides petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt. Dicta pro aetate sententia, adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellantur; praeses in eventum appellationis caetera cognitionis distulit. Quaesitum est: si finita appellationis apud imperatorem cognitione et iusta appellatione pronunciata, egressi aetatem deprehendatur, an caetera negotia implere possunt, quum per eos non steterit, quo minus res finem accipiat? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, perinde cognosci, atque si nunc intra aetatem essent. — L. 39. pr. de eviction. (21. 2.).

(o) T. C. In integr. rest. postul. ne quid novi fiat. (2.50.).

(p) L. 2. §. 5. de cap. min. (4.5).

(q) *Wening*, §. 554. — *Gluck*, comm. V. pag. 14.

ragione da parte degli avversarii. Essi fanno massimamente questo ragionamento. Nell'antico diritto quando il termine era di un anno utile, incominciava dal momento che il danneggiato avea contezza della lesione (r); ma poichè Giustiniano ordina che il quadriennio continuo debba incominciare dallo stesso giorno, in cui cominciava l'anno utile, risulta che la conoscenza della lesione dovrebbe essere in questa teoria il solo punto di partenza. Questo ragionamento è erroneo.

Nell'anno utile il tempo incominciava ancora dall'età legale e non *a momento scientiae*, ed in certi rapporti dalla conseguita restituzione, il che vuol dire che si partiva dal tempo, in cui il subbietto poteva nulla conoscere della lesione, salvochè i giorni dell'ignoranza non eran contati perchè mancava la *potestas experiundi*. Chechè ne sia di ciò ogni dubbio dovrebbe sparire sulla costituzione di Giustiniano, quando la si mette in rapporto con la costituzione di Costantino (s). Secondo quest'ultima costituzione il minore leso nel suo diritto poteva chiedere la restituzione *usque ad anni tricesimi extremum diem*, se egli viveva in Roma; e se era domiciliato in Italia *usque ad finem anni vicesimi et noni*, e finalmente se viveva nelle provincie, *usque ad completum annum vicesimum et octavum*. È chiaro che dalla costituzione di Costantino non risulta, che debba aspettarsi la conoscenza per avere il principio di siffatta prescrizione; ora è chiaro che la costituzione di Giustiniano è sostituita a quella di Costantino come se avesse preso il termine medio di questo ultimo; onde bisogna accettarla nel senso della costituzione costantiniana (t).

Quanto agli altri motivi cioè per la violenza, la frode e per l'errore la questione si rinnova, e con proporzioni alquanto più estese, inquantochè trovasi per la contraria opinione qualcuno di coloro che decidevano nel senso nostro la questione sugli altri due motivi di restituzione. *Savigny* in particolar modo prende punto di partenza da questa idea, che nell'antico diritto l'anno utile per la restituzione *propter dolum et propter errorem* incominciava a decorrere dal momento in cui spariva l'ostacolo che ne formava la cagione, ossia finchè durava l'inganno e l'errore, non si poteva far parola di prescrizione, e questo fondamento lo guida a stabilire che la prescrizione della restituzione, il quadriennio non incominci che rimosso l'inganno e l'errore, ossia dalla conoscenza.

Questo è estraneo al diritto romano; in questa circostanza, nella medesima guisa che nella prescrizione dell'azione, il punto di partenza dev'essere la lesione del diritto, ossia il momento in cui la restituzione *iure competere coepit*. Non faccia caso che prima nell'anno utile la prescrizione della restituzione incominciasse dalla conoscenza; poichè avveniva questo, appunto perchè il periodo di tempo era utile; ma dal momento che quel tempo utile si cambia in un altro continuo, non si può accettare la teoria del *Savigny* senza una misura sufficientemente grande di arbitrio. Tuttociò non può essere meglio determinato nella legge 8. *C. de dolo malo* (*2. 21.*); in questa costituzione di Costantino è sancito un cambiamento nel tempo continuo dell'*actio doli* in vece dell'antico tempo utile, e come conseguenza è ritenuto che la prescrizione incomincia dall'avvenuta dolosa lesione, e non come prima dalla contezza della lesione « non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse com- « memoraverit... sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus ».

(r) L. 6. de calumn. (3.6.). *Gai.*—Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi.

(s) L. 2. C. Th. de integr. rest.

(t) *Burchardi*, c. c. pag. 517. — *Puchta*, comp. §. 105. not. *e*.

Dall'altra parte, stante alla sua opinione, si dovrebbe accettare in questa circostanza un *tempus utile ratione initii et continuum ratione cursus*, ossia una teoria da lui stesso combattuta. Ora se è vero che, quando la legge determina un tempo utile, debbe accettarsi utile per entrambe le ragioni, e quando *continuum*, continuo ancora assolutamente, come poi succederebbe tutto diversamente in questo caso?

§. 103.

IV. Conseguenze della restituzione.

1) La restituzione in intero ha per effetto immediato il ritorno delle parti nello stato primiero, e però, secondo i casi, la restituzione delle cose, o delle azioni o del tempo perduto; e proprio in questa guisa: se un minore ha preso danaro a mutuo, e da questo negozio civile ha ricevuto un danno, sia perchè ha dissipato il patrimonio, sia perchè il danaro per una circostanza fortuita è andato perduto, egli chiede la restituzione nello stato primiero, ed è liberato dal pagamento; se poi il minore la stessa somma presa a mutuo abbia data in prestito ad un debitore insolvente, la restituzione ha per effetto che, cedute le azioni, il mutuante va contro il debitore del minore (a).

2) Per una vendita in pregiudizio del minore la restituzione è diretta alla restituzione dell'oggetto con tutti i suoi frutti, e dall'altra parte il compratore dovrebbe restituire il prezzo con gl'interessi, i quali sono computati secondo i frutti raccolti, e secondo le migliorie fatte dal compratore alla cosa fruttifera. Come della vendita così parlasi della compra (b).

3) Se si trattasse d'una *acceptilatio* la restituzione fa che all' improvido creditore è data novellamente l' azione, che per mezzo di quell' atto si era estinta, e non solo contro il debitore, ma ancora contro i suoi correi e fideiussori (c).

Se per mezzo d' una novazione il minore ha cambiato un buon debitore per un cattivo, gli si restituisce l'azione contro il primo debitore (d).

(a) L. 24. §. 4. de minor. (4. 4.).—L. 27. §. 1. eod. *Gai.* Si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit, denegare debet Proconsul creditori adversus eum actionem. Quod si agenti minor crediderit, ulterius procedendum non est, quam ut iubeatur iuvenis actionibus suis, quas habet adversus eum, cui ipse credisset, cedere creditori suo. Praedium quoque si ex ea pecunia pluris, quam oporteret, emit, ita temperanda res erit, ut iubeatur venditor reddito pretio recuperare praedium; ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum consequatur.

(b) L. 27. §. 1. eod. ved. not. prec.

(c) L. 27. §. 2. de minor. (4. 4.)— *Gai.* Si minor annis viginti quinque sine causa debitor acceptum tulerit, non solum in ipsum, sed et in fideiussores et in pignora actio restitui debet, et si ex duobus reis alterum acceptum tulerit, in utrumque restituenda est actio.

(d) L. 27. §. 3. eod. *Gai.* Ex hoc intelligimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit obligationem, oportere cum in priorem debitorem restitui.

4) Se per mezzo di un' *expromissio* il minore si ha accollato il debito di un altro, con la restituzione vien liberato, ed il creditore ritorna con l' azione contro l' antico debitore (e).

5) La restituzione per un' usucapione ha per effetto la restituzione della cosa con ogni pertinenza (f).

6) Se si è rinunciato ad una eredità vantaggiosa, o s' è perduta per non avere eseguite le condizioni, la restituzione in intiero non concede al restituito la qualità di erede, ma gli dà solamente le azioni che nascono dalla eredità come azioni utili, il che significa che vien finta una successione. Per conseguenza bisogna che sieno accettate tutte le disposizioni prese nel frattempo dagli eredi, e per la medesima ragione rivivono tutte le limitazioni e i pesi che erano a lui accollati in qualità di erede (g). L'opposto avviene nel caso che si è accettata una eredità molto aggravata. Colui che l' ha accettata è sempre considerato qual vero erede, e solamente per finzione è ritenuto come non vero erede. Per la qual cosa bisogna che restituisca a colui al quale cade la eredità, tutte le cose ereditarie ricevute, e non ricevute per mala fede o per qualunque circostanza, e quelle ancora che sono andate perdute. Se egli avesse pagato in qualità di erede legati o debiti non può esservi luogo a risarcimento; ma per contrario non è obbligato ad indennizzare degli schiavi addivenuti liberi (h).

APPENDICE VI.

Puchta, **Vol. 1.° Storia della Procedura** — *Ortolan*, **Spiegazione storica del D. R.— (Delle azioni).**

Nel diritto romano a tre si riducono i sistemi di procedura, che si successero l' uno all' altro, e sono: quello delle azioni della legge *(legis actiones)*; quello della procedura formolaria *(per formulam)* detta anche *ordinaria iudicia;* e da ultimo quello della procedura straordinaria *(extraordinaria iudicia)*. Ora nella storia della procedura sono principali queste due trattazioni: 1.° Ordinamento e giurisdizione de'poteri chiamati all'esercizio dell'autorità giudiziaria; 2.° Forma di procedere, ossia maniera onde si possono far valere i diritti.

I. *Costituzione giudiziaria* — L'amministrazione della giustizia in Roma non era ufficio unico d'un magistrato, ma congiungevasi all'esercizio di altre funzioni: onde, sia perchè non era possibile che lo stesso magistrato incaricato di molte funzioni decidesse le questioni, sia perchè era buono impedire l'arbitrio d'un solo potere, bisognava che le parti del giudicare si dividessero, e la questione di diritto fosse affidata ad un'autorità, ad un'altra l'indagine e la decisione del fatto. Il senno pratico de'Romani avvertì subito tale necessità; epperò vediamo in Roma due autorità giudiziarie il *magistratus* ed il *iudex*, e tutto il processo giudiziario diviso in due momenti, il primo *in iure* avanti al magistrato, che dava fondamento a tutto il processo e forma giuridica alle pretensioni delle parti; il secondo *in iudicio*, davanti al giudice, dove si decideva la contesa già dianzi definita. Tale distinzione tra il *magistratus* ed il *iudex* e tra il *ius* e il *iudicium* è appunto ciò che chiamasi *ordo iudiciorum privatorum;* il quale risale ai primordii del diritto romano; e nel primo periodo fino alle 12 Tavole appare più o meno rilevato, ma spiccatissimo nel secondo e terzo fino a Diocleziano, quando propriamente cessò come regola l'*ordo iudiciorum privatorum* per dar luogo al ricongiungimento delle funzioni del *magistratus* e del *iudex*, cioè alla *straordinaria cognitio*, ch'era stata fino allora un'eccezione. Ciò posto, vediamo come e da chi esercitavasi l'ufficio del magistrato e del giudice, e quali le parole usate nel giudizio, per vedere in seguito come questo iniziavasi e come recavasi a compimento.

(e) L. 50. eod. — L. 19. de nov. (4 . 2.). — L. 1. §. 1. C. repet. (2. 48.). *Anton.* Sed et si intercessor minor vigintiquinque annis intervenerit, in veterem debitorem debet restitui actio.

(f) L. 28. §. 6. — L. 29. ex quib. caus. (4. 6.).

(g) L. 7. §. 1. — L. 22. de minor. (4. 4.). — L 41. ex quib. caus. (4. 6.).

(h) L. 7. §. 5.—L. 22. 31. 33. de minorib. (4. 4.)—ved.not. prec. — L. 1. §. 5. C. de repet. (2. 48.). — *Savigny*, Sist. §. 342.

Magistratus. Ne'primi tempi tre erano in Roma i magistrati con giurisdizione, primamente il Re, poi i Consoli (an. 245), e i Censori forse sino alla legge Emilia (an. 321), i Pretori, e gli Edili Curuli nelle faccende municipali. Nel terzo periodo continuarono i Pretori la loro giurisdizione, ma vi si aggiunse il Principe e gli altri magistrati, a cui esso delegava la sua giurisdizione. Nelle provincie poi eranvi i reggitori di esse, oltre i questori provinciali e i procuratori; e nelle città italiche i Decemviri o i Prefetti, al di sopra de'quali nel terzo periodo furono posti i *Consulares* e i *Giuridici.*

Tutta l'attività di un magistrato, che avea la giurisdizione civile, fu detta *officium ius dicentis*, che conteneva la *iurisdictio* e *l'imperium.* La prima si comprendeva nelle tre parole *do, dico, addico* (*Do*, dare un'azione, un possesso di beni; *dico*, dire il diritto, emettere un editto, un interdetto; *addico*, attribuire per la dizione del diritto una proprietà, un giudice alle parti). L'*imperium* era il potere di comandare e costringere, il diritto insomma di disporre della publica forza per mettere i proprii ordini ad esecuzione.

I giureconsulti distinguevano l'*imperium* in *merum et mixtum*. *Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur*, cioè quel potere che non riferivasi all'*officium ius dicentis*, ma alla giustizia criminale. *Mixtum* era l'imperio che si connetteva allo scopo dell'amministrazione civile della giustizia; *mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest* (a). Vi erano altresì alcuni poteri non compresi nella *iurisdictio*, ma che esercitavansi tuttavia *iure magistratus*, e da'giureconsulti si diceva: *magis sunt, quam iurisdictionis.* Questi poteri, che costituiscono la capacità per la *extraordinaria cognitio*, non erano comuni a tutti i magistrati con giurisdizione; gli Edili e i magistrati municipali non li aveano che per speciale delegazione. Oltre a questi vi erano alcuni ufficii, che *neque iurisdictionis neque imperii sunt*, e che per legge speciale erano commessi a'magistrati.

Iudices. L'attività del giudice cominciava là, dove cessava quella del magistrato.

(a) L. 3. de iurisdict. (2. 1.). — L. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.).

A lui si apparteneva la *cognitio* e la *sententia;* cioè a dire indagava se realmente la cosa stesse così come il magistrato gliel'avea definita e determinata, e dava il suo giudizio decisivo sulla quistione.

A chi fosse commesso l'ufficio di giudice nell'antichissimo diritto di Roma non si può con certezza affermare; pare ormai una opinione abbastanza fondata che l'amministrazione della giustizia fosse dal Re delegata ai suoi luogotenenti, e che nei primi tempi i sacerdoti fossero i soli giudici. Così i Decemviri che decidevano le cause per delitti contro lo Stato, i *Quaestores parricidii*, i *tres viri nocturni* o *capitales*, che sorvegliavano nella notte erano senza dubbio sacerdoti. A tutto questo si aggiunga che era competenza esclusiva del collegio de'Pontefici la decisione delle cause, il cui oggetto apparteneva al *ius sacrum;* epperciò esso era giudice di tutte le relazioni giuridiche delle famiglie e delle istituzioni riguardanti la proprietà quiritaria, che in questi tempi erano annoverate fra le *res, quae ad sacras et religiosas pertinent.* Di qui la proposizione tanto ripetuta che i Pontefici erano i custodi del diritto (b).

Quando il diritto privato si emancipò dal *ius sacrum*, il collegio de' Pontefici cessò di avere sola ed assoluta giurisdizione, a motivo della formazione di un tribunale di Decemviri *litibus iudicandis*, e più tardi di un altro più numeroso detto dei Centumviri. Vano e fuori di proposito sarebbe entrare nelle indagini sulle origini di questo tribunale. Pomponio lo dice istituito prima di Augusto (c); lo *Zumpt* al tempo delle 12 Tavole, e finalmente il *Niebuhr* lo vuole fondato da Servio Tullio. Secondo ogni probabilità però il tribunale de'Centumviri ebbe la sua origine o da Servio propriamente o in tempi non molto posteriori. Ciò s'arguisce dalle quistioni giuridiche che erano il suo oggetto principale. Senza dubbio sin da' tempi primitivi di Roma, e quando il diritto cominciò ad emanciparsi dalla morale religiosa, noi troviamo due specie di questioni, le une di natura privata, e le altre di natura direttamente publica. Tra queste primeggiano lo stato del cittadino *(caput civis)* e la proprietà fondiaria o quiritaria; questioni tutte che decidevansi da'Pontefici col ricorso però davanti a' comizii curiati. Tale giurisdizione non era comune a' plebei; e però allorchè Servio Tullio, attuò la sua gran riforma, fu necessità creare un tribunale per tutti che decidesse le questioni del *caput* e della proprietà gravata da' publici pesi.

Questo tribunale, che fu sostituito al collegio de' Pontefici, fu detto de' Decemviri (perchè composto di 10 uomini) ed avea per emblema l'*hasta* come simbolo degli obblighi verso lo Stato. Più tardi, ma forse non prima della cacciata de'Tarquinii, sorse un altro tribunale più numeroso, che dovea singolarmente decidere le questioni di proprietà fondiaria. Questo tribunale era eletto annualmente ne'comizii tributi, e componevasi di quattro consigli, ciascuno di 25 uomini. L'attore poteva incominciare il giudizio avanti ad un consiglio; perdendo la lite, poteva appellare al 2.° consiglio *(duplex iudicium)*, quindi al 3.° *(triplex iudicium)*, e da ultimo a tutte e quattro i consigli riuniti *(quadruplex iudicium).* Questo tribunale era assai popolare in Roma; onde si conservò lungo tempo, fino agli ultimi imperatori, non ostante che il sistema di procedura, su cui fondavasi, più non esistesse.

Ma non sempre i tribunali permanenti erano atti a risolvere tutte le questioni, specialmente quando vi abbisognava maggiore libertà e latitudine di azione; quindi fin da'più antichi tempi occorrono in Roma de'cittadini privati, che erano incaricati della missione giudiziaria di una causa, e di questa soltanto. Essi dicevansi *iudices, arbitri, recuperatores.*

(b) Plutarco, Numa.

(c) L. 2. §. 29. de orig. iur (1 2.).

Tra *iudices* ed *arbitri* non è ben certa la differenza, e Cicerone stesso lamentavasi che a' tempi suoi non si sapesse ancora distinguere gli uni dagli altri. Tuttora possiamo porre questa differenza tra i *iudices* e gli *arbitri;* che i primi erano circoscritti negli angusti termini del diritto rigoroso e delle azioni della legge, tanto rispetto all' obbietto del giudizio, quanto rispetto al giudizio stesso; ma che i secondi avevano più libero campo a decidere rispetto alle suddette cose. Entrambi però giudicavano delle quistioni di possesso e di obbligazioni. I *recuperatores* poi erano dapprima giudici che decidevano le questioni tra Romani e peregrini; ma in seguito ebbero anche le questioni tra Romani e Romani, specialmente quando trattavasi di relazioni personali, o sentivasi il bisogno di un giudizio più arbitrario che non era quello dei *iudices* o degli arbitri. L'*officium iudicis* era dapprima affidato a più persone; in seguito quasi sempre ad un solo *(unus iudex):* gli arbitri per lo più erano tre; i *recuperatores* sempre più persone.

La nomina dei giudici privati dopo le 12 Tavole divenne assai frequente, e infine la legge *Aebutia* l'ordinò esclusivamente per la novella procedura, di guisachè i Tribunali decemvirali e centumvirali rimasero attivi nei soli casi in cui l' antica procedura della *legis actio* era espressamente ordinata o volontariamente scelta dalle parti.

Tutti questi giudici dovean esser designati o almeno accettati dalle parti, ed in caso di discordanza fra loro, determinati dalla sorte. Ma la scelta non poteva cadere indistintamente su tutti i cittadini. Nei primi tempi e in seguito ancora fino a Caio Gracco i giudici doveano essere presi nella lista di 300 Senatori *(ordo senatorium)*; Caio Gracco (632) ammise a questo ufficio anche i Cavalieri. In seguito fu introdotta l' istituzione de' *iudices selecti* pe' giudizii criminali, i quali poi da Cesare ed Augusto furono estesi ai giudizii delle cose private; e così invece dell' *ordo senatorium* e de' Cavalieri si ebbe l' *album iudiciorum selectorum* formato da tutte le classi della società.

II. *Procedura giudiziaria.* — Per cominciare il processo era necessaria la presenza delle parti avanti il magistrato ne' giorni, nell' ora, e nel luogo che la legge indicava. L' attore intimava al convenuto di seguirlo in giudizio colle parole: *Ego in ius te voco, ambula mecum in ius.* Quest' atto era chiamato generalmente *ius vocatio.* Se il convenuto era restio, l' attore chiamava gli astanti in testimonio colle parole: *licet contestari*; ed avea quindi la *manus iniectio* su lui. Questi non poteva allora rifiutare di seguirlo, salvo se non presentasse un *vindex*, che, prendendo sopra di sè il processo e seguendo l'attore, liberasse lui dalla *manus iniectio.* In luogo di questa l' editto pretorio dette un' azione per una somma di denaro contro il convenuto renitente, e al *vindex* surrogò la *cautio iudicio sisti*, cioè la promessa di presentarsi in un dato giorno assicurata da un mallevadore che dovea essere *locuples pro rei qualitate.* Il Pretore dava anche le azioni contro i terzi che impedivano la *in ius vocatio*, o la *cautio iudicio sisti.* Convenute le parti dinanzi al magistrato, non sempre gli atti della procedura in *iure* si terminavano in un sol giorno; quindi esse doveano darsi vicendevole malleveria di convenire un' altra volta in giudizio, esibendo ciascuna i suoi *vadei*; donde il nome di vadimonio a questo atto. La pena a chi mancava alla promessa era una somma eguale o a tutto il valore dell' oggetto in litigio, o alla metà, ma non superava mai i 100,000 sesterzii. Ma al tempo del processo formolario si era alle volte dispensato dal *vadimonium*, e si suppliva col semplice giuramento; invece poi della multa v' era la pena per mezzo dei *recuperatores*. Nel terzo periodo oltre la *in ius vocatio* e il *vadimonium* fu introdotta (dicesi da Marco Aurelio) la *denuntiatio litis*, che consisteva in una notificazione scritta della questione giuridica fatta al convenuto e sottoscritta dallo attore. Nell' ultimo giorno determinato legalmente a contar dalla *denuntiatio* le parti doveano presentarsi in giudizio; salvo una *separatio ex iusta causa* cioè una proroga concessa dall' imperatore.

1) *Legis actiones* — Quando le parti si faceano dal magistrato, l'*ordo iudiciorum privatorum* richiedeva, che dopo un' esposizione preliminare delle rispettive ragioni in modo libero e spedito, tanto il reclamo, quanto le difese fossero formolate in un atto solenne. Secondo il più antico diritto, anche anteriore alle 12 Tavole, ciò avveniva col pronunziarsi parole solenni e dalle parti e dal magistrato, alle quali si aggiungevano altri atti. Questa solennità era detta *actio*, e perchè nasceva dalla legge stessa, venia chiamata *legis actio*. Gaio annovera quattro specie di *legis actiones : Legis actio per sacramentum*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per condictionem*, *per manus iniectionem* e a queste aggiunge la *pignoris capio*; delle quali le tre prime son veramente forme di procedura, le due ultime forme di esecuzione forzata.

a) *Actio sacramenti* — Questa è la più antica delle azioni della legge, la sola che in origine si avesse per far decidere una lite, e come primitiva e veramente quiritaria contiene nel più alto grado il carattere pontificale, e la vita materialmente simbolica di un'epoca barbara. Le altre azioni che vennero di poi non sono che una successiva detrazione del suo contenuto, ed attestano gli sforzi fatti dal popolo romano per francarsi dell'azione suddetta.

L'*actio sacramenti* viene così detta dal *sacramentum*, somma di denaro che depositavasi presso i Pontefici in un luogo *sacro* o per le *sacra*. Le parti provocavansi vicendevolmente al deposito di una egual somma, che dalla legge era fissata a 500 *asses*, quando il valore dell' obbietto in questione era di 1000 *asses* o maggiore; a 50 per le cose di minor prezzo o quando trattavasi della libertà di un uomo, sia qualunque il valore che questi come schiavo potesse avere. Il processo con ciò prendeva la forma di una lite sulla somma; e tutto il giudizio consisteva nel dichiarare se il *sacramentum* era *iustum* o *iniustum*. La parte, il cui *sacramentum* era giusto, ritirava la sua somma; l'altra, il cui *sacramentum* era ingiusto, dovea versarla nell'erario, e perdeva con ciò anche l'obbietto della lite.

Poscia (vuolsi per legge del tribuno Papirio) non fu più necessario il deposito attuale, ma il Pretoro richiedeva de' mallevadori (*praedes*) che rispondessero del pagamento in caso di perdita. Questo è in fondo la *legislatio per sacramentum* in mezzo a tutte le sue variazioni. In quanto poi alle parole, ai gesti, agli atti che l'accompagnavano, essi erano diversi secondo l'obbietto cui applicavasi l'azione; e altri erano, quando versavasi sulle cose reali, altri quando sulle obbligazioni.

L'azione *sacramenti* per le reclamazioni di proprietà e di tutti gli altri diritti reali era la seguente:

La pantomima, per così dire, usata in questo caso era un simulato combattimento, simbolo dei modi grossolani, ma pur veri di una remota età. Essa componevasi della *vindicatio* o *in iure manum conserere*, che dovea aver luogo alla presenza dell'oggetto.

Se trattavasi di cosa mobile, si portava in giudizio, ed una delle parti (o l'attore o il convenuto) dava di piglio all'oggetto, e tenendo una verga (*festuca* o *vindicta*) pronunziava le seguenti parole: *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio, secundum suam causam, sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*, e deponeva la verga sulla cosa. L'altra parte profferiva le stesse parole, ed operava al modo stesso (*contravindicabat*). Qui interponevasi il magistrato, e colle parole: *mittite ambo hominem*, faceva cessare la *vis festucaria*, e dava alla questione un carattere ed un andamento giuridico. Era questa espressione simbolica dell'idea, che la forza dovea cedere, al diritto, e che il litigio, cominciato con la violenza materiale, dovea risolversi in questione giuridica. Dopo ciò seguiva il *sacramento contendere*. L'attore interrogava il convenuto: *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris?* e quegli rispondeva: *ius peregi sicut vindictam imposui*. L'attore ripigliava: *quando tu iniuria vindicavisti D. aeris sacramento te provoco;* e di rimando il convenuto: *similiter ego te;* e da ambidue o facevasi il deposito della somma, o presentavansi il *praedes sacramenti*.

Se l'oggetto in litigio era immobile, la procedura cambiava alquanto. Dapprima il magistrato recavasi sul luogo stesso con gli avversarii, e quivi facevasi la *manum consertio* e la *vindicatio*. Se non che, non potendo gl'immobili prendersi con mano, tutto il rito consisteva nello scacciare che l'uno faceva l'altro, e nel condurlo quindi dinanzi al magistrato per pronunziare la *vindicatio:* tutto ciò era chiamato *deductio*. In progresso di tempo, tornato impossibile l'accesso del magistrato, si stabilì, dice Aulo Gellio, per tacito consenso che le parti si provocassero dinanzi al magistrato (*ex iure manum consertum vocare*) di recarsi di là sul luogo litigioso per eseguire il finto combattimento. Quindi le parti accompagnate ciascuna da'suoi testimonii (*utriusque superstibus praesentibus*) andavano colà, ed eseguito il combattimento ritornavano dal magistrato, portando seco un frammento che rappresentava l'oggetto della lite, come sarebbe una zolla del campo, una tegola dell'edifizio, un pezzo staccato dalla colonna; e su questo facevasi la *vindicatio*. Questa è la *deductio quae moribus fit*. Da ultimo la cosa si fece sempre più semplice, e le parti eseguivano questo rito prima di recarsi dal magistrato, infino a che l'andata al luogo litigioso e il ritorno non fu fatto che con le sole parole e con finta pantomima senza uscir dal Tribunale. In questo stato trovavasi la procedura al tempo di Cicerone.

Dopo la costituzione del sacramento si conferiva il giudice alle parti, che era o un giudice o un arbitro, ovvero si rinviavano a'Centumviri. Per la legge Pinaria il giudice non si dava immediatamente, ma dopo lo spazio di 30 giorni. Ma prima di darlo, il magistrato, secondo che gli pareva conveniente, e mediante garentia di restituzione, decideva a chi dovea restare il possesso provvisorio della cosa per tutto il tempo del giudizio.

Questo è quello che dicesi: *vindicias secundum alterum dicere*. Nelle reclamazioni di libertà il possesso provvisorio per una formale disposizione delle 12 Tavole dovea essere dato sempre nel senso della libertà. Di tal fatta fu la famosa lite di Virginia. Dato il giudice, le parti si citano a vicenda a comparire fra tre giorni innanzi a lui; e si assicurano della comparsa, dandosi vicendevolmente i mallevadori (*vades*). Il giorno pel giudizio dicesi *comperendinus;* donde la procedura giunta a questo punto piglia il nome di *res comperendinata*.

Tutta questa procedura fatta innanzi al magistrato per ordinare l'istanza, come oggi direbbesi, era tutta verbale, nè vi avea alcuna istruzione scritta pel giudice; quindi era bisogno che le parti per assicurarne la pruova ricorressero alla testimonianza delle persone presenti. Il che esse faceano prendendo ciascuna solennemente delle persone a testimoni con queste parole: *testes estote*. Questo è quel che dicesi *contestare litem;* e quest'ultimo atto della procedura in *iure* porta il nome di *litis contestatio*.

L'azione *per sacramentum*, quando si reclamava per l'adempimento d'una obbligazione non aveva nè *vindicta*, nè combattimento simulato, nè attribuzione di possesso provvisorio *(vindiciae)*. Fin dal principio vi era un attore e un convenuto. Le parti dirigendosi ciascuna alla sua volta la parola, doveano secondo il costume delle azioni della legge interrogarsi sull'obbligazione che l'attore pretendeva ed il convenuto negava, di poi provocarsi scambievolmente al *sacramentum*, quando venivano le forme relative alla dazione del giudice. Ma non ci è nota la serie delle parole sacramentali pronunziate in tutta questa procedura. Il manoscritto di Gaio in questo punto è illeggibile, e le congetture fatte per ristabilirlo, componendo insieme alcuni frammenti di formole ed alcune indicazioni sparse non sono buone ad altro che a darci un'idea di ciò che tali formole presso a poco potevano essere. Forse le parole doveano variar di molto secondo la causa e l'oggetto dell'obbligazione: e qui appunto i pontefici aveano adattando il meglio ch'era possibile a' diversi casi le parole della legge (d). A ciò si riferisce l'aneddoto riportato da Gaio di colui che perdette la lite per aver detto *vites* in luogo di *arbores*, intentando un'azione per recisione di alberi.

Questo è dunque il contenuto dell'azione *sacramenti*, la quale applicata a' diritti reali durò lunga pezza, e sopravvisse a tutte le altre azioni della legge. Inoltre la sua prima formalità, che è la *vindicatio* si trova adoperata fittiziamente in tutte le varietà dell'*in iure cessio*, e come tale tiene una parte importante pel trasferimento e per la costituzione dei diritti civili. Per contrario la sua applicazione a' casi di obbligazioni ben presto fu limitata e venne per gradi quasi totalmente a sparire, quando furono trovate le altre due azioni della legge.

b) *Actio per iudicis postulationem* — Nell'azione per *sacramentum*, come è facile vedere, il giudice era limitato nel suo ufficio; perchè tutto gli era dinanzi fisso e determinato, ed altro non dovea fare che decidere se il *sacramentum* era *iustum* od *iniustum*. La conseguenza era che l'attore rigorosamente otteneva o non otteneva per nulla l'oggetto reclamato; quindi la necessità per lui di determinare formalmente l'obbietto della lite, come il tal corpo individualmente indicato, la tal cosa o la tal quantità determinata *(res certa, pecunia certa);* determinazione che egli faceva con le parole sacramentali che proferiva l'una parte verso l'altra, prima della provocazione al sacramento. Da tutto questo emerge chiaro che l'azione per *sacramentum* non si adattava bene ad affari che richiedevano una certa valutazione; imperocchè se l'attore nel far la stima dell'oggetto della lite gli avesse dato un valore anche di poco differente dal vero, perdeva irremissibilmente la lite, nè avea facoltà di produrla di nuovo. Molto meno poi valeva per gli affari da' quali derivavano obbligazioni scambievoli, perchè il *sacramentum* si ristringeva alle domande di obbligazioni unilaterali; nè punto era adattata quando trattavasi di reclamare cose tenute

(d) *Ortolan*, V. 2. azioni della legge.

fraudolentemente nascoste o fatte perdere, stante appunto l'impossibilità di fare sopra di esse la *vindicatio:* onde fu introdotta un'altra più semplice procedura sotto il nome di azione *per iudicis postulationem.*

La pagina di Gaio, in cui parlavasi di essa, è perduta e non ne conosciamo le formole. È da credere tuttavia che le parti venute in *iure* pronunziassero l'una dopo l'altra termini sacramentali, l'attore per dispianare l'oggetto della sua domanda, ed il convenuto per rispondergli. Dopo di ciò venivasi alla richiesta del giudice, fatta dall'attore colle parole: T. A. V. P. U. D. *(iudicem arbitrumve postulo uti des);* al che il convenuto rispondeva : *(similiter ego iudicem arbitrumque postulo uti des).* Il giudice dato in quest'azione non avea a giudicare una questione così ristretta come nella precedente, nella quale s'esaminava se il sacramento era giusto ed ingiusto; ma avea a regolare convenevolmente la lite secondo la diversità de'casi; egli era insomma un arbitro nel vero significato della parola. Le questioni da regolare per mezzo della *iudicis postulationem* furono man mano specificate. Possiamo dire però con certezza che quest'azione si adoperava in tutte le obbligazioni, in cui il giudice dovea decidere *salva fide*, cioè in tutte le obbligazioni di buona fede che originano scambievoli doveri fra le parti, (*ex fide bona* come rilevasi da un passo di Cicerone negli officii (111-401)). *Praeclarum a maioribus accipimus morem rogandi iudicis si ea rogaremus, quae salva fide facere possit.* Inoltre in tutte le obbligazioni di fare *(facere)* o di fornire *(praestare)*, ed anche nelle obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*), quando si trattava di cosa incerta, o quando la cosa certa era stata rimossa per frode o distrutta. In questo modo adunque molti casi furono sottratti all' azione *sacramenti*, che continuò ad usarsi nelle questioni di proprietà quiritaria, di stato, di eredità, e di obbligazioni per cose determinate. Ma dopo qualche tempo, non per necessità giuridica veramente, ma per odio di questa procedura grossolana e gravosa, e già caduta in discredito, fu introdotta una nuova azione, che la venne a spogliare di un altro de' detti casi: e questa fu l' azione *per condictionem.*

c) *Actio per condictionem* — Siffatta azione altro non è che un annunzio, una denunzia fatta verbalmente a qualcuno. *Condicere est dicendo denuntiare. Condictio in diem certum eius rei quae agitur denuntiatio*, dice Festo. Per mezzo di essa insomma l' attore denunziava al convenuto di presentarsi fra trenta giorni per ricevere un giudice. *Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat ut ad iudicem capiendum dies XXX adesset.* (Gai. Con. 4. §. 13). Non sappiamo altri particolari, perchè la pagina del manoscritto di Gaio, che parlava di questa azione, è perduta.

La legge Silia (forse nell' anno di R. 510) l' introdusse per le obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*) una somma determinata (*obligatio certae pecuniae*), cioè per quelle obbligazioni unilaterali, l' oggetto di cui è una somma *data, stipulata, aut expensilata*, come dice Cicerone (tom. III. p. 228). Alcuni anni dopo la legge Calpurnia (forse nell' anno di R. 520) la estese anco alle obbligazioni di qualunque cosa determinata (*de omni re certa*) Gai. Com, 4. §. 19, cioè di tutte quelle cose, dove *ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantum sit.* Non si possono precisare le differenze in quanto alla forma tra le azioni per *iudicis postulationem* e quella per *condictionem.* È certo che nella prima il giudice era sempre un *arbiter*, nella seconda un giudice propriamente detto (*iudex*), e che in quest'ultima chi non si presentava al giorno stabilito per ricevere il giudice era dichiarato *confessus* o *iudicatus*, e soggiaceva a tutte le conseguenze della *manus iniectio.*

La procedura delle *legis actiones* era dunque dopo create queste due altre azioni così stabilita:

L'azione *sacramenti* per le reclamazioni di stato, di proprietà quiritaria e di successioni, e tutti i diritti reali, la cognizione de' quali era rinviata a' Centumviri.

L'azione per *iudicis postulationem* per l'adempimento di tutte le obbligazioni eccetto quelle di *dare* e di cose certe; la cognizione per ordinario era rinviata ad un *arbiter*.

L'azione per *condictionem*, per le obbligazioni di dare quantità, o cose certe, la cui cognizione è sempre rinviata ad un *iudex*.

Questo è lo stato in cui la legge *Aebutia* trovò il sistema delle procedure per *legis actiones* (e).

d) *Actio per manus iniectionem* — Decisa la lite colla sentenza del giudice, se la parte soccombente non voleva sottostarvi, faceva d'uopo di un procedimento per costringervela. Ne' diritti reali, siccome l'esecuzione concerneva direttamente l'oggetto della lite, il proprietario poteva, anche coadiuvato dalla forza publica, impossessarsi di ciò che per diritto gli apparteneva. Ma nelle obbligazioni non vi essendo che creditore e debitore, quegli non avea azione che sulla persona di questo; quindi il procedimento detto *per manus iniectionem*, che era un vero arresto personale. Esso era di tre sorte: *manus iniectio iudicati*, *manus iniectio pro iudicato*, e *manus iniectio pura*. La prima era data dalle 12 Tavole per ogni cosa giudicata e per la confessione di un debito in danaro (*aeris confessis, rebusque iure iudicatis*). Il debitore avea 30 giorni per soddisfare il suo debito; (*quoddam iustitiam iuris, quaedam interstitio* (e)). Spirato questo termine il creditore poteva menarlo dinanzi al magistrato, ed ivi, afferrandolo per qualche parte del corpo, pronunziava le parole della *legis actio: Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es* (per esempio) *sextertium X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sextertium X milia iudicati manus iniicio.* Il debitore non poteva respingere questa violenza (*manu sibi depellere*), nè da questo momento poteva operare più da uomo libero, ma abbisognava di un vindice che fosse solvente, e prendesse le sue parti. In mancanza di ciò il magistrato attribuiva (*addicit*) il debitore all'attore, il quale menavalo nella prigione privata, che ciascun patrizio avea nella sua casa. Il debitore in tale stato non era schiavo di diritto, ma di fatto, e la legge prendeva ancora cura di lui come uomo libero. Egli durante 60 giorni per tre mercati consecutivi da nove in nove giorni era condotto dinanzi al magistrato nel *comitium*, proclamandosi ad alla voce la somma del suo debito; e se alcuno non presentavasi a soddisfare per lui, egli dopo i 60 giorni avea una vera diminuzione di capo, ed era venduto come schiavo di là del Tevere.

La *manus iniectio pro iudicato*, era quella data in alcuni casi determinati dalle leggi, senza che vi fosse stata una sentenza giudiziale o una confessione di debito; e come produceva gli stessi effetti della cosa giudicata, fu detta *pro iudicato*. Per conseguenza l'attore in luogo di dire nella formola: *Quod tu mihi damnatus sive iudicatus es*, enunciava la causa e aggiungeva: *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum iniicio*. La *manus iniectio pura* non avea le conseguenze della cosa giudicata, *pura id est non pro iudicato* (f). In quest'azione della legge il debitore poteva respingere l' avversario e difendersi da sè nel giudizio, *manum sibi depellere et pro se lege agere licebat*; o il creditore nella formola, dopo avere esposta la causa, dicea semplicemente: *ob eam rem ego tibi manum iniicio*. Gaio annovera tra le leggi che permettevano questa specie di arresto semplice la legge *Furia testamentaria*, in materia di legati, e la legge *Marcia* sull' usura. A quest' ultima specie di *manus iniectio* in seguito furono ridotti tutti i casi che cadevano nella *manus iniectio pro iudicato*, eccetto un solo, cioè pel rimborso di ciò che lo *sponsor* avea pagato a discarico del debitore, *excepto ...... eo pro quo depensum est* (g).

(e) Aulo Gellio, Noct. Act. XX 1.

(f) *Gai.* comm. 4. §. 24.

e) Nel sistema delle *legis actiones* l'esecuzione facevasi sempre contra la persona e non mai sui beni. Una sola eccezione v' era per la *pignoris capio*, la quale non era già data a' creditori privati, ma usavasi in alcuni casi soltanto che si riferivano al servizio militare, a' sacrifizii e al tesoro publico. Il creditore poteva prendere di per sè come in pegno una cosa del debitore, e questi non poteva liberarla che pagando. Questi casi erano stati introdotti alcuni per costume (*de quibusdam rebus moribus*) come quando il soldato è creditore dello stipendio, del cavallo o del prezzo di foraggi; ovvero per legge (*de quibusdam lege*) come il caso del creditore del prezzo di una vittima, o della locazione quando il prezzo era invertito a' sacrificii.

Questa *pignoris capio* non si può chiamare veramente azione, perchè era *extra ius*, e facevasi anche in assenza del debitore, ed in giorno anche nefasto; e se i giureconsulti l' hanno appellata azione della legge, è stato per le parole sacramentali che in essa si profferivano.

2) *Sistema delle formole* — Il sistema delle azioni della legge, come si è visto, era una procedura supremamente quiritaria; i soli cittadini romani poteano usarne: simbolica e rigorosa era tanto, che il cambiamento d'una parola sola faceva perdere la lite. Inoltre in essa dominava il principio assoluto che niuno poteva agire per mezzo d' altre persone, o vogliam dire per rappresentanti: ma ciascuno doveva di persona e per suo proprio conto eseguire il rito e le parole consacrate, tranne alcuni casi tassativamente dalla legge determinati; ancora rigorosamente era stabilito che l' azione, qualora fosse rigettata per qualsisia motivo anche per vizio di forma, era estinta, nè poteva giammai riprodursi. Da ultimo il termine e la decisione della lite consisteva sempre nel ricuperare l' oggetto della lite, o nell' ottenere l' adempimento degli obblighi o nell' eseguimento diretto dell' oggetto in lite secondo che trattavasi di diritti reali o di obbligazioni.

Questo, che già pareva duro al senso giuridico de' Romani, allora che la civiltà era ancora nel principio, e la vita era quella del municipio, tanto più gravoso tornar dovea quando collo svolgimento del commercio, colle conquiste nuove sorsero bisogni e relazioni tali, a cui mal poteasi sopperire colle angustie e le vuote formalità dell' antico diritto e dell' antica procedura.

Quindi gli sforzi de' Romani sempre più crescevano per demolire l'importuno sistema delle *actiones legis* e del *sacramentum* in principal guisa; i quali sforzi furono aiutati da diverse congiunture, e specialmente della creazione di una procedura più semplice e spedita pe' peregrini, quando vi fu necessità di eleggere il Pretore peregrino (*praetor peregrinus*) pochi anni prima della legge Silia e Calpurnia, che stabilì l' ultima delle *legis actiones*, cioè la *condictio*. Come dovea il Pretore peregrino regolarsi nel definire i rapporti de' peregrini fra loro e di questi co' citta-

(g) *Gai.* Inst. 4. 25.

dini romani? Qui non v' era quistione nè di diritto nè di procedura civile, nè eravi giudice civile scelto dall' ordine dei senatori, perchè i peregrini non poteano a ciò in niun modo partecipare: tutto dunque il processo dovea formarsi dall' autorità (*imperium*) del magistrato. Ed ecco in qual modo seguì. Presentatesi le parti *in iure*, il magistrato dopo avere intesa l'esposizione de'fatti del litigio, sceglieva i giudici, che non erano quelli delle cause civili, ma i *recuperatores*, nel numero di tre o quattro presi indistintamente tra i cittadini, o tra gli astanti nel giudizio. (*N. N. iudex esto. N. N. recuperatores sunto*). Quindi si lasciava alle parti pei recuperatori un' istruzione scritta, o una sentenza condizionale, come la chiama il *Savigny*, in cui indicavansi nel modo anzidetto i giudici della lite, e si dava ad essi a verificare i fatti esposti, e secondochè questi erano veri o falsi doveano condannare od assolvere (*si paret, si non paret*). Questa istruzione scritta dicevasi *formola conceptis verbis*. Ma poichè qui non si trattava di vedere se una cosa *iure civili* spettasse all' attore o no, ma vi era solo un fatto, il quale poi era dal magistrato elevato a diritto, era quindi bisogno anzi tutto, dopo l'indicazione del giudice, esporre il fatto della quistione (*designatio rei de qua agitur*). Così ad esempio; *NN. NN. recuperatores sunto*: *Si paret Aulus Agerius* (o A. A.). *apud Numerium Negidium* (o N. N.) *mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse*. Il nome di Aulo Agerio (il ricco che reclama) davasi all' attore; quello di Numerio Negidio (colui che è obbligato a pagare e nega di farlo) davasi al convenuto. Questa era l' esposizione del fatto, che i giudici doveano verificare, e secondo cui il magistrato dava loro facoltà di condannare o assolvere. Questa facoltà potea essere determinata e fissata dallo stesso magistrato; o pure stava totalmente ad arbitrio del giudice; od era fino ad un dato punto (*maximum*) stabilito dal magistrato. Quindi la seconda parte della formola, che poteva essere di tre maniere pe' tre casi sopra detti: 1.° *N. N. Ao. Ao. sextertium decem milia condemnato; si non paret absolvito*. 2.° *quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao. Ao condemnato; si non paret absolvito*. 3.° *N. N. A. A duntaxat X milia condemnato; si non paret absolvito*. Questa formola composta di due parti dicevasi *in factum concepta*, ed era la sola che potea essere originariamente data a'peregrini, che non aveano la capacità e l'esercizio del diritto civile. Quando poi si applicò a' cittadini le si vennero ad aggiungere, come vedremo, altre due parti.

Di tal fatta era la procedura, che i Romani nei primi anni del VI. secolo usavano nelle loro relazioni co'peregrini, procedura, come vedesi, più semplice e adattabile facilmente alle innovazioni e al progressivo svolgimento della civiltà. Poco tempo dopo nacque il bisogno di spogliare l' *actio sacramenti* dell' ultima specie di obbligazioni, costituendo l' altra azione *per condictionem*. Ma non era questo nemmeno sufficiente a' bisogni della civiltà; e i Romani cominciarono non per legge ma per forza di consuetudine a dimandare la formola anche nelle relazioni tra cittadini e cittadini. Ma questo era difficile e non regolare, imperocchè standovi il diritto civile, e la procedura conforme, ogni innovazione di tal fatta era illegale. La mente de' Romani era riguardo al diritto feconda d' infiniti ripieghi.

I Pretori cercarono di accomodare la novella procedura all' antica nel modo seguente.

Si è detto già come nell' azione *per sacramentum* il deposito non era più reale, ma consisteva in una solenne obbligazione, che i *mallevadori* faceano verso il Pretore per lo Stato: la quale dalle parole: *Spondesne? Spondeo;* fu detta *sponsio*.

Questa fu come ponte di passaggio dalla antica procedura alla nuova. Le parti si obbligavano non più verso il Pretore ma l' una verso l' altra ad una somma di danaro se i fatti del litigio erano veri o no; l' obbligazione dell' attore dicevasi *sponsio* (da *spondere*), quella del convenuto *restipulatio* (da *restipulari*).Era in somma una specie di scommessa, che serviva come base della formola, che il Pretore dava loro; e su questa scommessa dovea il giudice decidere; in modo che chi la vinceva o perdeva, vinceva o perdeva eziandio la lite.

La forma dunque della scommessa o stipulazione (che era *iure* civile) serviva di fondamento alla decisione del giudice; ma la materia era la condizione di questa stipulazione, cioe la verità o falsità dei fatti allegati. Questa *sponsio* alle volte era penale, alle volte solamente pregiudiziale. Litigare colla prima dicevasi *certare cum periculo,* colla seconda *sine periculo.* Ciò dapprima era fissato dal magistrato, ma in seguito fu lasciato in facoltà delle parti. La provocazione alla *sponsio* era fatta sempre dall' attore.

La formola che si dava in seguito della *sponsio,* non poteva essere più semplicemente quella in *factum concepta;* perchè trattandosi di cittadini romani, poteano sorgere vere questioni di diritto civile sì di obbligazioni come di proprietà; e per conseguenza la quistione da proporre nella formola non dovea esser più un semplice fatto, al quale il Pretore adattava una decisione in virtù del suo potere, ma una vera quistione di diritto civile. Per esempio: *Quid quia ob eam rem N. N. Ao. Ao. dare facere oportet;* ovvero *si paret N. N. Ao. Ao. sextertium decem milia dare oportere,* oppure *si paret hominem ex iure quiritium Auli Agerii esse.*

In fatti queste sono tante quistioni di Diritto civile. Gaio dice chiaramente che in queste formole *de iure quaeritur*, onde il nome loro dato di formole *in ius conceptae.* Ma la quistione di diritto non poteva esser posta così *simpliciter* senza alcuna indicazione del fatto del litigio; quindi la necessità di una parte preliminare destinata a tale uopo. E così la formola che pei peregrini avea sole due parti, pe'cittadini n'ebbe tre: Quella che indica il fatto (*demonstratio*), quella che pone la questione di diritto (*intentio*) e quella che esprime la decisione del giudice (*condemnatio*). La formola in *factum concepta* avea solo la *demonstratio* e la *condemnatio.* Ecco ad esempio le due formole messe a confronto fra loro:

1. *Actio in factum concepta*	2. *Actio in ius concepta*
N. N. Iudex exto: Si paret A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Ao.Ao. redditam non esse; quanti ea res srit, tantam pecuniam N. N. Ao. Ao. condsmnato, si non paret absotvito.	*N. N. Iudex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur; quid quid ob eam rem N. N. Ao. Ao. dare facsre oportet ex fide bona sius: iudex N. N. Ao. Ao. condemnato, nisi restituat, si non paret absolvito.*

Oltre a queste tre parti eravi un' altra, colla quale commettevasi al giudice di aggiudicare a ciascuno de' litiganti, quello che gli si apparteneva dell' obbietto in comune. Questa è l' *adiudicatio;* che esprimeasi così: *quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato*; ed era ammissibile nelle sole azioni, che aveano per scopo la divisione giudiziaria di un obbietto; cioè nell'*actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum.*

Così la formola dalla sua semplicità primitiva, allorchè era adoperata nelle relazioni de' pellegrini, passò ad avere le quattro parti, che abbiamo assegnate, nella sua applicazione a'cittadini. Se non che la formola *in factum concepta* si adoperò anche in appresso in tutti i casi, ne'quali la pretensione dell'attore, non potendo esser fondata sul *ius civile*, ma soltanto sulla *tuitione praetoris*, la quistione di diritto sarebbe stata rigettata dal giudice.

Coll'applicazione del sistema formolario a'cittadini, si estese anche a questi l'uso de'Ricuperatori; come pure il principio che ogni condanna dovea essere pecuniaria. Quest'applicazione fu fatta prima in forza di consuetudine, e vigendo ancora il sistema delle *legis actiones;* ma dopo circa 70 o 80 anni della creazione del pretore peregrino venne la legge *Aebutia*, la quale in certa guisa sancì, e regolò legislativamente questo stato di cose. Le azioni della legge per *iudicis postulationem* e per *condictionem* furono radicalmente abolite, e vi furono sostituite le formole. *L'actio sacramenti* col collegio centumvirale si mantenne per le questioni di stato, di proprietà quiritaria e di eredità; ma nella pratica i cittadini erano in libertà di ricorrere anche in questi casi all'uso delle formole, che col mezzo delle *sponsiones* erano state adattate anche a queste materie di diritto.

Le formole che i cittadini facevansi ad impetrare dal Pretore, erano per lo più indicate nell'*album*, che si esponeva nel fôro.

I cittadini che reclamavano sceglievano le formole, che loro bisognavano, e vi faceano tutte le modificazioni che la natura della lite richiedeva; quindi il Pretore attribuiva la formola definitivamente compilata. Il che si diceva per rispetto al magistrato *indulgere, permittere, tribuere actionem;* per rispetto alle parti, *actionem impetrare, actionis impetratio*. Sebbene, data la formola, non più facessero bisogno i testimoni, perchè tutti i fatti erano certificati per iscritto, pure la chiusura del dibattimento *in iure* dicevasi ancora *litis contestatio*, per indicare che la lite era iniziata e dovea portarsi alla decisione del giudice.

Atti *in iudicio* — Chiuso il dibattimento *in iure*, le parti andavano dal giudice , il quale dovea appurare i fatti, che il Pretore indicava per la condanna od assoluzione *(si paret, si non paret)*. Le parti assistite da'loro *oratores e patroni* esibivano ciascuna dal canto suo tutt'i varii mezzi di pruova ammessi dalla legge; e dopo *la probatio* e *l'altercatio* delle parti il giudice decideva la lite secondo il suo convincimento. La decisione del giudice dicevasi *sententia*. Questa è obbligatoria per le parti, sottomettendovisi le quali, la cosa è finita; altrimenti esse dovranno ritornare dinanzi al magistrato, che la farà eseguire per forza.

Quando vigeva il sistema delle *legis actiones*, come non vi avea nessuna istruzione scritta pel giudice, le parti venute innanzi a lui facevano un sunto della quistione trattata avanti il magistrato; il che dicevasi *collectio causae*. Dopo di che venivano le pruove e la sentenza del giudice.

3) *Extraordinaria iudicia* — Durante *l'ordo iudiciorum privatorum*, cioè al tempo che il processo divideasi ne'due momenti *in iure* e *in iudicio;* i magistrati in forza del loro *imperium* decidevano spesso da loro stessi le questioni senza rinviarle a' giudici: questi atti chiamavansi *extraordinariae cognitiones*, perchè i magistrati prendevano indagini del fatto da loro, e davano una decisione. Questi casi che nel detto sistema erano eccezioni, divennero frequentissimi al tempo degl' imperatori che al governo libero aveano sostituito un impero assoluto ed arbitrario; e finalmente per legge di Diocleziano (anno 294 dopo G. C.) l'*extraordinaria cognitio* fu sostituita all' antico *ordo iudiciorum privatorum*, che rimase quindi abolito. D'allora in poi i giudizii furono tutti straordinarii e detti *extraordinaria iudicia.*

In questa procedura novella la giustizia era amministrata da ufficiali imperiali, in diversi gradi e dipendenze fra loro, che sottostavano tutti all' imperatore come giudice supremo, al quale in molti casi erano proposte le questioni giudiziarie ora per appello ora per richiesta delle parti.

Il processo s' introduceva non più colla *in ius vocatio*, ma col libello *(libellum conventionis)*, e la citazione. Le parti o i loro rappresentanti presentatisi il giorno stabilito dinanzi al giudice esponevano il fatto in quistione più diffusamente e circostanziatamente. L'esposizione dell'attore dicevasi *narratio*, quella del convenuto *responsio, contradictio*. Tutto questo poi formava la *litis contestatio* nella procedura *extraordinaria*. Appresso venivano regolarmente le prove e in ultimo la sentenza del giudice, che chiudeva il giudizio.

II.

Prescrizione dell' azione.

(§. 87. pag. 229).

Fu questo istituto per lungo tempo affatto sconosciuto nel diritto romano, e solamente quando i pretori ebbero facoltà d'introdurre novelle azioni, queste ebbero una naturale condizione di esistenza in quanto che ebbero la durata di un anno *(intra annuo iudicium dabo)*. Il carattere di coteste azioni pretorie fu per questo una eccezione rispetto alle altre azioni che non si prescrivevano mai.

Dopochè fu veduto, quantunque in via di eccezione, possibile che un'azione potesse avere una durata stabilita, ed indi finire, l'istituto della prescrizione fu esteso ad altre azioni civili. Esso prese una forma quasi generale nella *longi temporis praescriptio*, e specialmente fu applicato nelle azioni di proprietà e nei *iura in re aliena* dette azioni reali speciali, cosicchè esse dovevano prescriversi in 10 e secondo i casi in 20 anni, quando il possessore trovasi nelle condizioni di usucapione ossia con giusto titolo e buona fede. Sotto Costantino la prescrittibilità fu estesa, in guisa che in mancanza del titolo e della buona fede fu ammesso un tempo più lungo di 30 a 40 anni per render prescritta l'azione. Fino a questo tempo così rimase l'istituto della prescrizione, e le azioni personali continuarono ad avere il carattere di perpetue nello stretto significato della parola.

Teodosio II. (nell'an. 424) fu il primo ad estendere la prescrizione a tutte le azioni. Egli ordinò adunque che tutte quelle azioni, nelle quali non era applicata ancora la prescrizione, fossero prescrittibili dopo il corso non interrotto di 30 anni. Secondo il tenore di questa legge adunque non solo le azioni *in rem speciales*, ma ancora la *hereditatis petitio*, e ciò che più monta tutte le azioni *in personam* furono soggette a prescrizione, tranne l'*actio finium regundorum* e l'azione ipotecaria; una sola limitazione fu messa a questa legge di un valore generale, che il tempo della prescrizione doveva incominciare a correre almeno 10 anni dopo la pubblicazione di essa: legge transitoria che terminò di aver vigore al tempo di Giustiniano.

A questa legge segue quella di Anastasio, il quale estende a 40 anni la prescrizione di quelle azioni non soggette fino a quel tempo a prescriversi: si comprese in questa legge l'*actio finium regundorum*.

Giustiniano riunì queste leggi in una sola costituzione (§. 87 (85), nella quale accettò il principio generale della prescrizione di 30 anni, eccettuando solamente la ipotecaria.

III.

Eccezioni.

(§. 89. pag. 239).

La parola *exceptio* è nei fonti confusa con *praescriptio*, così che senza errore si può scambiare l'una per l'altra (a). Per mezzo delle istituzioni di Gaio ci è stato possibile conoscere l' origine di queste espressioni. Nell'antico processo quando eran necessarie alcune limitazioni alla *intentio*, ed alla *condemnatio*, esse erano accettate nella formola e scritte innanzi alla *intentio*, e pel luogo che occupavano presero naturalmente il nome di *praescriptio*. Alcune di queste limitazioni eran messe in interesse dell' attore ed accettate nella formola a sua istanza; altre eran messe in interesse e ad istanza del reo convenuto, solo queste ultime erano vere eccezioni, ed eccezionalmente erano scritte prima, giacchè la maggior parte di esse venivano scritte dopo la *intentio* (b). Questo stato di cose cambiò più tardi in quantochè le limitazioni utili all'attore furono messe innanzi alla *intentio;* mentre quelle favorevoli al convenuto furono scritte dopo la formola; e quelle che pel loro antico posto portavano il nome di *praescriptiones*, mantennero questo nome, e così *praescriptio* fu sinonimo di *exceptio*.

Quando l'*ordo iudiciorum privatorum* fu abolito, mancando le formole non si potette più scorgere quale delle eccezioni fosse scritta prima o dopo, cosicchè devesi tener fermo questo principio: adoperasi sempre la parola *exceptio* per quelle limitazioni favorevoli al convenuto che originariamente erano scritte dopo la formola: così la *doli* e la *rei iudicatae exceptio;* mentre la *fori* o *temporis praescriptio* era originariamente scritta prima. Comunemente poi intendesi con l' espressione *praescriptio* l' istituto della prescrizione, e con la parola *exceptio* quel diritto del convenuto che si oppone all' azione dell' attore.

(a) T. D. (44. 1.) rubrica; — L. 12. de div. temp. praes. (44. 3.)—L. 8. 12. C. de except. (8. 36.) — L. 91. de solut. (46. 3.). — L. 29. pr. de exc. rei iud. (44. 2.). — L. 23. de except. (44. 1.).

(b) *Gai*. Inst. IV. §. 130-137.

FINE DELLA PARTE GENERALE.

PARTE SECONDA

PARTE SPECIALE

LIBRO II.

Diritti di famiglia.

CAPITOLO I.

DEL MATRIMONIO

§. 104.

I. Del matrimonio in generale.

T. Inst. de nuptiis (1. 10.).—D. de ritu nuptiarum (23.2.);—de divortiis et repudiis (24. 2.);—Cod. de nuptiis (5. 4.);— de incestis et inutilibus nuptiis (5. 5.): — de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum (5. 6.):—si quacunque praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum iurisdictioni suae adspirare tentaverint nuptias (5. 7.):—si nuptiae ex rescripto petantur (5. 8.): — de repudiis et iudicio de moribus sublato (5. 17.).

Il matrimonio è la indissolubile unione sessuale dell' uomo e della donna per vivere la più perfetta vita comune (a).

1) Il matrimonio dei Romani secondo questa definizione è il risultato dell'antico matrimonio civile temperato dalle forme più libere del diritto delle genti; difatti non è una relazione meramente materiale e civile in quanto che riceve la legittimità da un modo di celebrazione determinato nelle leggi e fatto tra determinate persone; ma è una relazione naturale morale e civile, poichè contiene il fondamento naturale della unione sessuale, un elemento morale, avendo il carattere del matrimonio natu-

---

(a) *Mod.* L. 1. de ritu nupt. Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.—§. Inst. de patr. potest. (1.9): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens.

rale del diritto delle genti, e finalmente il principio civile delle *iustae nuptiae*, principio tutto proprio dell' antico diritto (b).

E di vero le antiche forme di matrimonio decretate solamente valide nell' antico diritto, cioè la *confarreatio*, la *coemtio* e l' *usus* sparirono, e fu ammesso, che il consenso di unirsi con l'intenzione di contrarre matrimonio, ossia il *consortium omnis vitae*, fosse sufficiente a conchiudere il matrimonio che avesse gli effetti delle giuste nozze; così alle antiche forme mentovate venne surrogata la intenzione di procreare legittimi figli (*liberorum quaerendorum causa*), il consenso, o, come dicono le leggi, l'*affectio maritalis*. Questo indicano le *iustae nuptiae* di Giustiniano.

2) Quel congiungimento, che non risponde a questo concetto, non è matrimonio; al più può essere un' unione di fatto, a cui non susseguono le medesime conseguenze che dal matrimonio discendono.

La semplice unione senza l'*affectio maritalis* era detta propriamente concubinato, ed avea comune col matrimonio il semplice fatto e non la sanzione civile; esso è quindi un'unione che dipende totalmente dalla volontà degli uniti, sicchè si scioglie secondo il loro arbitrio. Ma quantunque il concubinato nulla avesse in sè di giuridico, produceva qualche conseguenza ed ebbe dalla legge Giulia e Papia un certo carattere civile (c). In effetto sebbene i figliuoli procreati nel concubinato son figli naturali e per conseguenza non si conosce a loro riguardo il padre; pure in certe circostanze essi hanno il padre, e di fatti è data in loro favore la legittimazione; possono avere per diritto imperiale gli alimenti anche dai figliuoli legittimi del loro padre, ed un limitato diritto di successione.

3) Dal matrimonio e dal concubinato si distingue ancora il *contubernium*, il quale è un' unione puramente sessuale degli schiavi, ovvero di una schiava e d' un uomo libero. Questa relazione affatto naturale, nello stretto significato della parola, aveva una certa importanza giuridica, giacchè erano riconosciute le relazioni di padre a figlio.

(b) Vedi Appendice VII. Storia del matrimonio alla fine del Capitolo primo.

(c) L. 1. §. 1. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 4. de concub. (25. 7.). *Marcian.* Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur, nam quia concubinatus per leges nomen assumsit, extra leges poenam est, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scripsit. — L. 34. pr. ad Leg. Iuliam adult. (48. 5.). — L. 11. §. 2. de divortiis (24. 2.). — L. 121. §. 1. de V. O. (45. 1.).

Google

§. 105.

II. Degli sponsali.

T. D. de sponsalibus (23. 1):—T. C. de sponsalibus et arrhis (5. 1): — Si rector provinciae (5. 2): — de sponsalitiis (5. 3).

Intendiamo per sponsali la solenne promessa di futuro matrimonio fatta vicendevolmente dall' uomo e dalla donna. Perchè fossero validamente celebrati, non è come nell'antico diritto necessaria la stipulazione, ma è sufficiente il mutuo consenso. Tutti coloro, i quali hanno facoltà di conchiudere il matrimonio, hanno ancora diritto agli sponsali; e però gl' impedimenti dell' atto definitivo di matrimonio valgono anche per gli sponsali, tranne gl' impedimenti transitorii; ma tra il tutore e la pupilla, quantunque vi sia solamente un impedimento transitorio, gli sponsali non possono aver luogo (a). È poi indispensabile il consentimento del padre sempre che questo è richiesto per la celebrazione del matrimonio; quelli che sono ancora sotto la patria potestà non possono contrarre validi sponsali senza il consenso di coloro alla potestà de' quali sono sottoposti; anzi colui che esercita siffatta potestà può celebrare gli sponsali pe' suoi soggetti (b).

1) Gli sponsali hanno nel diritto romano un carattere puramente morale; essi non danno azione di sorta alcuna per insistere alla celebrazione del matrimonio. Sola punizione è l'infamia per colui che contrae due sponsali, o semplicemente gli sponsali mentre è legato in matrimonio. Un altro importante effetto pel diritto è che gli sponsali sono il fondamento del futuro matrimonio, poichè fanno testimonianza dell'*affectio maritalis* ch'è requisito essenziale per l' esistenza del matrimonio. La scienza ha voluto sempre più dare un carattere giuridico agli sponsali considerando come moglie la sposa, e come matrimonio gli sponsali; così la legge Cornelia *de parricidiis* ha considerato l'omicidio avvenuto tra sposo e sposa come tra marito e moglie: come ancora è comune opinione di considerare i figliuoli

---

(a) L. 1-6. 15. h. t. *Florent.* L. 1. Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. — L. 2. eod. *Ulp.* Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. — L. 4. pr. eod. *Idem.* Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. — L. 15. *Modest.* Tutor factam pupillam suam nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest; scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere.

(b) L. 7. §. 1. eod. *Paul.* In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit. — L. 10. 11. eod.

nati in questa relazione come nati di un legittimo matrimonio e per conseguenza come figli legittimi.

Al difetto di mezzi costrettivi per obbligare alla celebrazione del matrimonio colui che si era obbligato per mezzo degli sponsali, si supplì con la introduzione dell' *arrha sponsalitia*, specie di pena per colui che non voleva adempire agli obblighi contratti. Essa veniva immediatamente restituita appena celebrato il matrimonio; ma se questo non veniva a fine, bisognava badare: se ciò avveniva per colpa di chi la diede, non si poteva da lui domandare; se per colpa di colui che la riceveva, questi doveva semplicemente restituirla se minorenne, ma qualora fosse maggiorenne dovea a quella aggiungere una somma eguale (c).

2) In caso che fosse intervenuta una donazione da parte a parte, non seguendo il matrimonio, la donazione doveva esser restituita, perchè quando si faceva, era sottintesa la condizione: se il matrimonio si effettuerà. Se questo non viene ad effetto per colpa dello sposo, la donazione non può esser rivocata; se per morte di lui, allora bisogna vedere: se le cose furono donate *osculo interveniente* o no; nel primo caso la donazione non può esser rivocata che per metà, nel secondo sarà nulla e quindi le cose donate dovranno esser restituite agli eredi (d).

§. 106.

III. Degl' impedimenti matrimoniali.

La facoltà di contrarre un valido matrimonio detta dai romani *connubium*, poteva mancare ad alcune persone o assolutamente o relativamente.

1) Manca il *connubium* assolutamente:

a) ai castrati per la impossibilità naturale di ottenerne lo scopo (a);

(c) L. 5. C. h. t. (5. 1.).

(d) L. 15. 16. C.de donat. ante nupt. (5. 3.). *Const.* Si a sponso rebus sponsae donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint, et quocunque iure successerint, ut donatio stare pro parte media, et solvi pro parte media videatur; osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem, et donatori sponso vel heredibus eius restitui. Quod si sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori, contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur.

(a) T. C. de eunuchis (4. 42.). — L. 39. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necne, et in castrato dicas dotem non esse, in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.

b) agl' impuberi per difetto di età (b);

c) ai furiosi e mentecatti per mancanza di ragione;

d) a coloro che fanno voto di castità (c);

e) pel vincolo matrimoniale a coloro che sono già congiunti con altra persona (d);

f) alla vedova prima che termini l'anno del lutto; ed alla ripudiata per adulterio, che non può rimaritarsi mentre vive il marito (e).

2) Manca il connubio relativamente :

a) per parentela naturale tra fratelli e sorelle, e tra quelle persone fra cui v'è un *respectus parentelae* (f);

b) per parentela civile tra il padre adottivo e la figlia adottiva anche terminato il legame di adozione; così pure tra il padre adottivo e la vedova del figlio adottivo, e tra questo e la vedova del primo (g). Parimente è vietato il connubio tra il figlio adottivo e gli ascendenti e discendenti del padre adottivo, ma questo divieto è circoscritto alla durata dell'adozione (h);

c) per affinità tra le persone in linea retta e collaterale (i);

d) finalmente per la tutela tra il tutore e la pupilla, ovvero tra questa ed i figli del tutore o curatore: eccetto quando sono stati dati i conti o è trascorso il tempo della restituzione in intiero (k).

(b) Pr. Inst. de nupt. (1. 10.). Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberis, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias, et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt.

(c) L. 45. C. de episc. et cler. (1. 3.). — Nov. 5. c. 8. — Nov. 6. c. 1. §. 7.

(d) L. 2. C. de incest. et inut. nupt. (5. 5.). — Ved. §. 24. not. (x).

(e) L. 1. 11. §. 1. de his qui not. inf. (3. 2.). — Ved. §. 24. not. (z) — L. 26. de R. N. (23. 2.). *Modest.* Reas adulterii factas nec ante damnationem vivente marito uxores duci posse. — L. 29. §. 1. ad leg. Iul. adult. (48. 5.).

(f) §. 1. 2. 3. 4. Inst. de nuptiis (I. 10.). — L. 17. §. 2. *Gai*. Amitam quoque et materteram, item magnam quoque amitam, et materteram magnam prohibetur uxorem ducere, quamvis magna amita et matertera quarto gradu sunt. — L. 53. de rit. nupt. (23. 2.). *Gai.* Nuptiae consistere non possunt inter eas personas, quae in numero parentum liberorumve sunt, sive proximi, sive ulterioris gradus sint, usque ad infinitum.

(g) §. 1. Inst. de nuptiis (1. 10.). — L. 14. pr. §. 1. de ritu nupt. (23. 2.). *Paul.* Item si quis filium adoptaverit, uxorem eiusdem, quae nurus loco est, ne quidem post emancipationem filii ducere poterit, quoniam aliquando nurus ei fuit.

(h) §. 2. Inst. eod. — L. 17. eod. *Gai.* Per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nuptias, donec manet adoptio; ideoque eam, quam pater meus adoptavit, et emancipavit, potero uxorem ducere; aeque et si me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio. — L. 55. §. 1. eod. — Ved. anc. §. 9. Inst. de nupt. (1. 10.). — L. 15. de R. N. (23. 2.).

(i) L. 5. C. de incest. et inut. nupt. (5. 5.). *Valent. Theod.* et *Arcad.* Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocunque modo coniugio. — L. 8. 9. eod.

(k) L. 36. 59. 60. §. 8. L. 62. §. 2. L. 64. §. 1. L. 66. 67. pr. de rit. nupt. (23. 2.). *Tryph,* e) è vietato il matrimonio tra Ebrei e Cristiani (l);

f) per delitto è impedito il matrimonio tra l'adultero e l'adultera, tra il rapitore e la rapita (m);

g) un impiegato civile non poteva contrarre matrimonio con una donna della provincia in cui esercitava il suo ufficio: salvo se prima di divenire impiegato dello Stato avesse con quella celebrato gli sponsali (n);

h) finalmente pel sacramento del battesimo era proibito il matrimonio tra il padrino e la figlioccia (o).

§. 107.

IV. Delle conseguenze del matrimonio in riguardo alle persone.

Il matrimonio, che nel novissimo diritto si contrae col semplice consenso, apporta i seguenti effetti riguardo alle persone. La moglie prende lo stato ed il domicilio del marito, ritenendolo anche dopo la morte di lui finchè non passa a seconde nozze (a). Ella deve continuamente seguire il marito, e però questi ha contro colui, che impedisce alla moglie di compiere questo dovere, l'interdetto *de uxore exhibenda ac ducenda* (b). Il marito è sempre il protettore della moglie, e nel processo si considera sempre come il procuratore di lei (c): egli ha diritto d'intentare in nome proprio l'*actio iniuriarum*, per le ingiurie fatte alla moglie (d). La unione intima che scende dal matrimonio esclude l'azione penale ed infamante tra

Non solum vivo tutore, sed et post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, extiterit ei heres filius an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut praeteritus emancipatus: nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat. — T. C. de interd. matr. (5. 6.).

(l) L. 6. C. de iud. (1. 9.). — Ved. §. 21. not. (c).

(m) L. 11. §. 11. ad L. Iul. adul. (48. 5.).

(n) L. 38. pr. §. 1. L. 57. pr. 63. 65. de rit. nupt. (23. 2.). *Paul.* Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur; ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditis, quas acceperat. §. 1. Veterem sponsam in provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest, et dos data non fit caduca.

(o) L. 26. in fin. C. de nuptiis (5. 4.).

(a) L. 13. C. de dignit. (12. 1.). — L. 22. §. 1. — L. 38. §. 3. ad municip. (50. 1.) — ved. §. 22. not. (f).

(b) L. 2. de lib. exhib. (43. 30.). *Hermog.* Imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur — L. 11. C. de nupt. (5. 4.).

(c) L. 21. C. de procurat. (2. 13.).

(d) L. 1. fin. 2. de iniur. (47.10.). *Paul.* Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore aequum est.

essi (e), libera ciascuno dalla testimonianza contro l'altro, e fonda in loro favore il *beneficium competentiae* (f).

V. Degli effetti del matrimonio sui beni.
A. Della dote.

§. 108.

1) Concetto della dote.

T. D. de iure dot. (23. 3.).— C. de iure dotium (5. 12.).— *Ulp.* Fragm. VI.—*Paul.* Receptae sent. II. t. 21. 22. — Fragm. Vat. §. 94. seqq.—*Finestres et de Monsalvo*, De iure dotium, lib. V. Cervariae 1754 — *de Tigerström*, Il diritto dotale de'Romani, Berl. 1831. — *Savigny*, Sist. II. pag. 13.

1) Considerando l'idea del matrimonio parrebbe che la comunione de'beni ne fosse conseguenza immediata, ma il diritto romano non ha dato al matrimonio tutta quella importanza pratica che sembra venire dalla sua definizione , specialmente da quella di Modestino accettata nelle Pandette (a). Molto più il diritto vuole che il patrimonio de'coniugi fosse diviso e che il marito rappresentasse tutta la novella famiglia, e ne sopportasse i pesi; se non che per mezzo di uno speciale istituto giuridico si assicurò a lui un qualche aiuto pecuniario che dovea prestarsi dall'altra parte, affinchè potesse meglio sovvenire ai doveri del matrimonio. Questo patrimonio che dalla moglie era dato al marito, affinchè servisse ai pesi coniugali, ebbe il nome di dote, che possiamo definire il patrimonio destinato dalla donna o da chi per lei *ad matrimonii onera ferenda* (b).

Questa relazione patrimoniale non è però propria conseguenza del matrimonio, ma viene da un atto speciale, il quale si rapporta al matrimonio, e il cui principio è da questo dipendente (c).

(e) L. 2. C. rer. amot. (5. 21.). *Alexand*.... Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed damno in factum datur actio.— L. 1. fin. C. de iure dot. (5. 12.).

(f) L. 20. de re ind. (42.1.). *Modest.* Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest condemnandus est ex Divi Pii Constitutione. Quod et in persona mulieri, aequa lance servari aequitatis sugerit ratio.

(a) L. 1. de ritu. nupt. (23. 2.). Ved. §. 104. not. (a).

(b) L. 56. §. 1. 2. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. — L. 20. §. 2. familiae ercisc. (10. 2.).

(c) L. 3. h. t. *Ulp.* Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. — L. 21. eod. *Idem.* Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat

2) La dote è costituita mediante contratto o per legato, ed è necessaria o volontaria. Hanno per legge l'obbligo di costituire la dote per la donna, (e perciò questa dote è necessaria): il padre in forza della patria potestà per la figlia e la nipote povera anche fuori della patria potestà; in mancanza del padre ha l'obbligo di costituire la dote l'avo paterno (d): per eccezione può essere obbligata anche la madre (e). I fratelli non sono obbligati a costituire la dote per la sorella anche che fossero di lei germani. La dote costituita da tutt'altra persona è volontaria.

La somma della dote bisogna che venga determinata conforme alla condizione del marito, come ancora secondo il patrimonio della donna o secondo quello di coloro che ne hanno l'obbligo, simigliantemente agli obblighi degli alimenti (f).

3) La dote è certa o incerta; dicesi certa quando l'obbietto di essa è dal promettente determinato in ispecie o in qualità e quantità; è poi incerta, quando vi è promessa di dote senza determinarne l'oggetto. È però d'avvertire, che se la promessa semplice è fatta dalla donna, non concedesi azione al marito per obbligare la moglie a dare quello che avea promesso (g); se all'opposto fu fatta da altri, essa è valida, e la determinazione dell'oggetto è stabilita dall'equo parere del giudice (h).

La dote può essere estimata e non estimata. È dote estimata, quando è stabilita in un valore accertato: in caso contrario è inestimata; nel primo caso essa è consegnata al marito in guisa di vendita a prezzo di stima, *dos aestimata venditionis causa;* ma ciò quando non fu estimata pel solo

---

habere in se conditionem hanc, si nuptiae fuerint secutae, et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio: si *nuptiae*, constat: quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.

(d) N. 97. c. 5. — L. 7. C. de dot. promis. (5. 11.). *Iust.* . . Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotes, vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie.

(e) L. 14. C. h. t. (5. 12.). *Diocl.* et *Maxim.* Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa; Pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem.

(f) L. 60. h. t. (23. 3.). *Cels.* Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti adultae mulieri curator consensum accomodare debeat? Respondit, modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque ratio patitur. — L. 69. §. 4. 5. eod.

(g) L. 1. C. h. t. (5. 11.). *Alexand.* Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, quum neque species ulla neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit.

(h) L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3). *Papin.* Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat; arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, quum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit; dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. — Ved. L. 3. C. de dot. prom. (5. 11.).

fine che colui che ha diritto alla restituzione, sciolto il matrimonio, potesse produrre le sue ragioni nel caso ch'essa venisse diminuita o deteriorata, *dos aestimata taxationis causa*.

La dote prende diversi nomi secondo le persone che la costituiscono, ed il modo come viene costituita: così chiamasi dote profettizia quella costituita dal padre, o da altri in nome del padre; costituita al contrario da una terza persona non in nome del padre, o dalla stessa moglie si addimanderà avventizia; e finalmente è conosciuta col nome di dote recettizia, se venne data col patto della restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio (i).

L'oggetto della dote è vario e diverso ad arbitrio, e si possono costituire tante cose corporali quanto incorporali, ed anche la intiera sostanza della moglie (k).

ANNOTAZIONE

L'obbligo di dar la dote ristretto al solo padre è stato da certi giuristi assegnato ancora ad altre persone, per interpretazione troppo estensiva di alcune leggi; specialmente si è determinato l'obbligo del fratello di dotare la sorella consanguinea in forza della legge 12. §. 3. de adm. tut. (26. 7.), ma si è in errore; imperciocchè quand'anche per mezzo di un argomento *a contrario* si può ricavare che il tutore è obbligato a dotare la sorella consanguinea del pupillo, pure da ciò non si deduce l' obbligo del pupillo di assegnare la dote alla sorella; ma il tutore dovrebbe interpretare i sentimenti morali del pupillo, come qualunque persona che scrutasse la pietà dell'animo altrui (l). Non meno erronea è l'opinione che la donna sia obbligata a dotare sè stessa in forza della legge 9. 22. C. de adm. tut. (5. 37.); imperocchè da queste leggi si rileva solo che il curatore è obbligato a costituire la dote, ma certamente ciò non è sempre ed incondizionalmente, ma quando la donna medesima lo esige (m). La vera determinazione su ciò non può ricavarsi che dalla legge 1. C. h. t. (5. 11.); e di vero si è stabilito, che in caso di una promessa incerta il marito non avrà nulla da pretendere dalla donna; ora questo sarebbe irragionevole, se vi fosse l'obbligo della donna di costituire la propria dote (n).

(i) L. 5. pr. §. 1. 9. 11. 14. h. t. (23.3.). *Ulp.* Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius. §. 6. Si pater non quasi pater, sed alio dotem promittente fideiussit, et quasi fideiussor solverit, Neratius ait, non esse profecticiam dotem, quamvis pater servare a reo id, quod solvit, non possit. §. 11. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit; ceterum si, quum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventicia dos est. — L. 31. §. 2. de mort. caus. don. (39. 6.). — Ulp. fragm. VI. §. 3. 5.

(k) L. 7. §. 2. h. t. — L. 2. C. de obl. et act. (4. 10.). — L. 4. C. h. t. (5. 12.). *Alexand.* Nulla lege prohibitum est, universa bona in dotem marito feminam dare.

(l) Ved. *Puchta*, §. 317. not. (d).

(m) L. 22. C. eod. (5. 37.).

(n) L. 32. de cond. ind. (12. 6.).

§. 109.

2) Diritto del marito sulla dote durante il matrimonio.

La dote durante il matrimonio è considerata come nella proprietà del marito, e però tutti i diritti inerenti a quello di proprietà sono, durante questo stato, attribuiti al marito come al vero proprietario (a). Per la qualcosa egli ha la *rei vindicatio* e tutte le azioni che competono al vero proprietario; e come si serve delle cose, ne porta anche tutti i pesi (b). Nella medesima qualità acquista tutte le accessioni della dote, le quali valgono come accessioni del patrimonio dotale, eccetto i frutti, i quali non sono compresi in questo patrimonio, ma entrano nella vera e piena proprietà del marito (c).

Nasce da ciò il diritto del marito all' alienazione delle cose dotali, tranne i fondi pei quali evvi per lui l' espresso divieto del *ius alienandi*, ed ancora per tutte le specie di alienazioni, ossia non potrà neppure ipotecarli, nè costituire una servitù ed in generale nessun *ius in re* sopra di essi, neppure col consenso della donna (d).

Un tale divieto sorge appena un fondo è dichiarato dotale, ossia anche prima del matrimonio, quando fu trasmesso al futuro marito *dotis nomine* (e); ed ha valore anche dopo lo scioglimento del matrimonio sino al tempo della restituzione della dote.

La proibizione dell' alienazione del fondo dotale non ha effetto nei seguenti casi:

a) Quando il fondo è stato dato *venditionis causa*; imperocchè allora il marito non ha l'obbligo che di restituire il prezzo stimato, ovvero può, a sua scelta e non a quella della donna, restituire il prezzo o la cosa stessa, e quindi il fondo designato come dotale in questo caso entra nella piena proprietà del marito (f).

(a) L. 7.13. §.2.de fundo dot. (23.5.). *Ulp.* Dotale praedium sic accipimus, quum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur.— L. 47. §. 6. de peculio (15. 1.).

(b) L. 49. de furtis (47. 2.). — L. 11. C. de iur dot. (5. 12.). *Diocl.* et *Maxim.* De his, quae in dotem data ac direpta commemoras , mariti tui esse actionem, nulla est dubitatio. — L. 7. pr. L. 10. §. 3. de iur. dot. (23. 3.). — Ved. not. seg.

(c) L. 10. §. 1. 2. — L. 69. §. 9. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Si praediis inaestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet; si aliquid decessit, mulieris damnum est. §. 2. Si servi sobolem ediderunt, mariti lucrum non est. §. 3. Sed foetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat, et summissis in locum mortuorum capitum ex agnatis residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertinet.

(d) T. D. de fundo dot. (23. 5.).— T. C. (5. 23.).—pr. Inst. quib. alien. licet. (2. 8.).— L. 16. h. t. (23. 5.).

(e) L. 3. pr. — L. 9. 14. — L. 4. — L. 13. §. 2. h. t. (23. 5.). *Gai.* L. 4. Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit , ne id marito liceat obligare, aut alienare, plenius intrepretanda est, ut etiam de sponse idem iuris sit, quod de marito.

b) Quando il fondo per una qualunque circostanza cessa di esser dotale (g).

c) Quando la dote non cade alla donna o ai suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio (h).

d) Quando la vendita non ebbe luogo per volontà del marito o del suo successore universale (i).

La vendita fatta fuori di questi casi è nulla, ma essa può convalidarsi quando dopo lo scioglimento del matrimonio segue il consenso della moglie o dei suoi eredi (k), ovvero quando per essi si estingue il diritto d'impugnare la vendita illegale.

3) Il marito ha l' obbligo della restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio; onde egli è obbligato a prestare la ***diligentia in suis rebus***, ossia è tenuto di ogni colpa (l).

ANNOTAZIONE

Sulla questione se il pericolo delle cose dotali è a carico del marito, ed in che misura, bisogna attendere ai seguenti punti:

1) Quando per dote si sono date al marito cose corporali, e queste sono *fungibiles*, tutto il pericolo è da parte del marito (m); se poi non sono *fungibiles*, non è obbligato alla restituzione, se le cose andarono perdute per caso fortuito (n).

(f) L. 11. h. t. (23. 5.). *African.* Quod si fundus in dotem aestimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit, alienari fundum posse; quod si arbitrio mariti sit, contra esse.—confr. L. 10. §. 6. de iure dot. (23. 3.).

(g) L 26.27.de iur. dot. (23.3.). *Modestin.* Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum est.—L. 27. *Ulp.* Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.—L.1. C. h.t. (5. 23.).

(h) L. 3. §. 1.—L. 17. h.t. (23.5.). *Marcian.* Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit; si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emtori avelli non potest.

(i) L. 1. 2. h. t. *Paul.* Interdum lex Iulia de fundo dotalis cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere; hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

(k) L. 77. §. 5. de legat. (31). — L. 17. h. t. (23. 5.). — L. 42. de usuc. (41. 3.). *Papinian.* Quum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti, rem dotis esse, venditio non valet; quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit.

(l) L. 17. pr. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolo, quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. — L. 24. §. 5. solut. matr. (24. 3.).

(m) L. 42. de iure dot. (23. 3.). *Gai.* Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt; quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres eius.

(n) L. 24. §. 5. solut. mat. (24. 3.).

2) Qualora fosse stata promessa la dote, ed il marito abbia trascurato di domandare ciò che fu promesso, allora è certo che, se il promettente è quegli stesso che ha diritto alla restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio, il marito può liberarsene mediante l' *exceptio doli*, nel caso che quegli volesse far uso del suo diritto per la restituzione. Questo principio si applica contro la donna stessa, quando ella promise la dote, ovvero è l' erede del promettente.

3) Se al contrario il promettente è altra persona che colui che ha diritto alla restituzione, il marito sarà tenuto per colpa *in exigendo*; così quando egli è in *mora agendi* e il promettente è addivenuto insolvente; quando l'azione per domandare la dote promessa è prescritta per colpa sua; quando non s' appellò d'una ingiusta sentenza; o quando da ultimo il processo fu perduto per un errore da lui commesso. Egli però non è tenuto pel caso fortuito, quando senza sua colpa il promettente è addivenuto insolvente (o).

Nel caso che il marito facesse col promettente una novazione, ovvero avesse già riscossi gl' interessi della somma promessa in dote, allora è a suo carico ogni pericolo (p).

Se per dote fu ceduto al marito un diritto di obbligazione, egli nella medesima maniera anzidetta sarà tenuto per *culpa in exigendo* e non per caso fortuito (q).

4) Quando si fa una delegazione a scopo di dote, bisogna sempre presupporre la regola generale, che il delegante abbia veramente dato al marito l'obbietto della obbligazione; e se è una quantità, il marito dev' essere non solo tenuto per colpa in *exigendo*, ma ancora per caso fortuito (r). Il passo principale in questa materia è la leg. 41. §. 3. de iur. dot. (23. 3), secondo la quale, nel caso che per dote si delegasse il debitore sotto condizione, il pericolo è da parte della donna, quando il debitore addiviene insolvente mentre pende la condizione; per contrario il pericolo sarà a carico del marito, qualora il delegato non fosse stato solvente già al tempo della delegazione. Quest' ultimo principio è regola generale per una delegazione incondizionata, mentre il primo è una eccezione pel caso della delegazione condizionata (s).

(o) L. 33. de iure dot. (23. 3,). *Ulp.* Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat; nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat; hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos. Sed si vel pater, vel ipsa promiserunt, Iulianus quidem libro XVI. Dig. scribit, etiamsi pater promisit, periculum respicere ad maritum; quod ferendum non est. Debebit ergo mulieris esse periculum, nec enim quidquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsa non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, eius periculo sit, cui acquiratur; acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. — L. 66. §. 7. solut. mat. (24. 3.).

(p) L 35. 49. de iur. dot. *Ulp.* Dotem a patre vel a quovis alio promissam, si vir novandi causa stipuletur, coepit viri esse periculum, quum ante mulieris fuisset. — L. 66. §. 6. solut. matr. (24. 3.). — L. 71. de iur. dot.

(q) L. 49. solut matrim. (24. 3.).

(r) L. 8. §. 3. 5. ad SC. Velleian. (16. 1.). — L. 26. §. 2. mand. (17. 1.). — L. 21. §. 3. de annuis legat. (33. 1.). — L. 21. de don. (39. 5.). — L. 18. de fideius. (46. 1.).

(s) 41. §. 3. *Paul.* Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed an-

5) Quando una dote è costituita mediante accettilazione o mediante patto *de non petendo*, bisogna distinguere se l' obbietto della obbligazione è cosa *fungibilis* o specie; nel primo caso si reputa come se il creditore avendo esatta l'obbligazione, l' avesse poi costituita in dote al marito. Nel secondo caso se le specie al tempo dell' accettilazione trovansi nelle mani del marito, l' obbietto stesso è *in dote*, se non trovansi, sarà *in dote* solamente la *liberatio obligationis* (t).

Sulla questione se il marito ha diritto ad una prestazione in caso di evizione, decide la legge 1. C. de iur. dot. (5. 12.). « *Sever.* et *Anton.* L. 1. C. de iure dot. (5. 12.). Evicta re quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest. Si autem nulla pollicitatio, vel promissio intercessit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. Si vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus cum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit. » Questa legge riguarda tre casi, cioè quando la dote fosse stimata *venditionis causa;* quando il costituente fosse *in dolo;* e quando una *pollicitatio vel promissio fuerit interposita.* Queste ultime parole da molti antichi e da qualche recente giurista s' interpetrano per una promessa speciale di risarcimento nel caso della evizione, e però stabiliscono, che il costituente della dote, la costituisse per *promissio* o per *datio*, è obbligato in caso di evizione come il donatore; cioè quando è colpevole di dolo, ovvero quando espressamente a ciò si obbliga, compreso naturalmente il caso della *aestimatio* che porta con sè l' obbligo di risarcire l'evizione (u). Quantunque vi fosse una certa similitudine tra l' istituto della dote e quello della donazione, non possiamo però accettare l' interpretazione che danno cotesti giuristi al passo citato; ma in quelle parole della legge dobbiamo assolutamente comprendere una *pollicitatio* o *promissio dotis*: tanto più che la sola pollicitazione non è sufficiente a stabilire un obbligo a cagion di evizione, basta bensì da sola a costituire una dote. Ciò posto pel *favor dotis* può fermarsi il principio; quando la *dotis datio* avviene in seguito di una *promissio* o *pollicitatio*, il costituente è sempre tenuto in caso di evizione, per una *dos data* al contrario egli potrà esser tenuto solamente nel caso di *aestimatio dotis*, o quando è colpevole di dolo. Questo principio non è per nulla in contraddizione con la legge 69. §. 7. de iure dot., poichè in questo passo si tratta solamente di una *dos data* (v).

---

iequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis ad mulierem periculum pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quodsi iam tunc debitor, quum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale ab initio obligationis fuerit. — Ved. L. 46. pr. — L. 53. de iure dot. (23. 3.). — L. 6. de pact. dot. (23. 4.).

(t) L. 77. 58. §. 1. de iur. dot. (23.3.). *Cels.* Si mulier ancillam Pamphilam a Titio stipulata, deinde ei nuptura, quod is sibi debebat, doti habere permisit, etiamsi non erit viri Pamphila, an ipsa tamen Pamphila in dote et mulieris periculo erit, an et quod ea peperit, reddi mulieri debebit, quia, si in sua causa prior stipulatio mansisset, non redderetur, nisi forte refert, habuerit rem, quam debebat vir, quo tempore dos constituebatur, nam ita poterit videri res ipsa ad eum pervenisse, an non habuerit? Nam si non habuerit, magis est, ut liberatio obligationis potius, quam res ipsa ad eum ita pervenisse videatur; ideoque partus eius non debetur

(u) *Thibaut*, disert. civili, pag. 56. — *Zimmern*, Archivio civile II. pag. 203.

(v) Ved. *Glück*, Com. XX. pag. 198, XXV. pag. 80. — *Vangerow*, I. §. 217.

§. 110.

3) Dei diritti della donna su la dote.

La dote essendo costituita allo scopo di sopperire ai pesi coniugali, è nei beni del marito, cosicchè la donna non ha nessun diritto sull' amministrazione di essa, quantunque fosse naturale e vera proprietà dei beni dotali (a). Il maggior diritto che ha la donna sulla dote è quello della restituzione a sè od ai suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio. Ella può inoltre muovere un' azione contro l'*auctor* per evizione (b).

Può essa alle volte pretendere la dote anche durante il matrimonio, quando il marito addiviene insolvente, o cade in un concorso di creditori; ovvero quando per prodigalità di lui è la dote in sommo pericolo. Con tutto ciò i beni non perdono il loro carattere, e la donna avrà le medesime limitazioni per l' alienazione, restando la dote sempre determinata *ad matrimonii onera ferenda* (c). Fuori di questo caso il marito non deve e non può restituire la dote durante il matrimonio, e, se il facesse, egli non è liberato dall' obbligo della restituzione appena sciolto il matrimonio.

Eccezione a questa regola oltre dei casi predetti fanno altri casi tassativamente determinati, con la sola differenza che nei primi il marito può essere obbligato alla restituzione, mentre nei seguenti non vi può essere costretto, ma lo potrà fare senza verun pregiudizio. I casi sono questi:

1) *ut aes alienum solvat*, ossia allo scopo di pagare i debiti;

2) *ut fundum idoneum emat*, affinchè potesse comprare un fondo, che promette molto lucro;

3) *ut se suosque alat*, affinchè la moglie potesse sostenere sè ed i suoi schiavi; questa misura può esser giustificata nel caso che il marito è assente o in simiglianti condizioni;

4) finalmente *ut virum egentem sustineat*, ossia quando la restituzione ha per iscopo di sostenere i più prossimi parenti caduti in miseria (d).

(a) L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.): *Iustin.* In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus seu semoventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res, et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio. — L. 4. de collatione (37. 6.).

(b) L. 71. de evict. (21. 2.).

(c) L. 22. §. 8. 9. — L. 24. pr. soluto matr. (24. 3.). *Ulp.* Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. — L. 29. C de iur. dot. (5. 12.).

(d) L. 73. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* Manente matrimonio non perditurae uxori ob

ANNOTAZIONE

È questione abbastanza agitata se la proprietà dei beni dotali appertenga al marito od alla moglie durante il matrimonio; e tale controversia riesce tanto più difficile, in quanto che i fonti stessi adoperano un linguaggio poco chiaro e dubbio abbastanza. Alcuni apertamente determinano pel marito il diritto di proprietà durante il matrimonio (d); altri con egual chiarezza riconoscono questo diritto nella donna (e); e finalmente non mancano frammenti che lasciano intravedere e l'una e l'altra opinione (f).

Per la qual cosa alcuni giuristi fermandosi sulla Leg. 30. C. de iur. dot. di Giustiniano vorrebbero stabilire il diritto di proprietà civile pel marito ed il naturale per la moglie; ma come vi osta il principio *duorum dominium in solidum esse non potest*, si dà al solo marito il vero diritto di proprietà. Quei passi dei fonti, essi dicono, mercè cui si potrebbe assegnare il diritto alla donna, si giustificano solamente perchè la dote è determinata per lei, che ne ha anche i vantaggi.

Altri e segnatamente il *Tiegerström* in una sua dotta ed accurata dissertazione (g) riconosce nella moglie il vero diritto di proprietà, ed afferma che al marito si concede dalla legge solo l'usufrutto ed un dominio da procuratore; ed a questo concetto corrispondono quelle leggi, che sembrano attribuire al marito la proprietà dei beni dotali durante il matrimonio.

Quantunque la comune opinione combatta l' interpretazione data dal *Tiegerström*, pure essa non è tanto disprezzabile, ed a nostro avviso è fondata sulle leggi. Egli è certo che l'argomento principale in tale quistione non può esser tratto che dalla legge 30 di Giustiniano, nella quale si parla di un doppio dominio, uno civile

---

has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat.—L. 20. solut. matr. (24. 3.). *Idem.*Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat, aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus et parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere; et ideo recte ei solvitur, idque et in filiafamilias observatur.

(d) *Gai.* Inst. II. 63.—Fragm. Vat. §. 269.;—pr. Inst. quib. alien. (2.8.). Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum: quod nos legem Iuliam corrigentes in meliorem statum deduximus. — L. 7. §. 3. L. 8. 9. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). — L. 13. §. 2. de fund. dot. (23. 5.). — L. 47. §. 6. de peculio (15. 1.). — L. 21. §. 4. ad munic. (50. 1.). — L. 23. C. de iur. dot. (5. 12.). — L. 7. de serv. pign. dato (7. 8.).

(e) Ved. not. (a). — L. 10. §. 1. 2. de iur. dot. (23. 3.).— L. 3. §. 5. de minorib. (4. 4.): *Ulp.* Ergo etiam filiamfamilias in dote captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim, quam dedit vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est.

(f) L. 75. de iure dot. (23. 3.). — L. 75. eod. *Tryphon.* Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse.

(g) *Tiegerström*, Diritto dotale, I. pag. 202.

pel marito ed uno naturale per la donna. Ora non si può certamente accettare in questo luogo la distinzione tra proprietà bonitaria e quiritaria, poichè la fusione di entrambe, che fin dal diritto classico cominciò ad avere importanza scientifica, addivenne legale e positiva nella legislazione giustinianea.

La frase di Giustiniano: *quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio*, vuol significare, che il diritto di proprietà sin dal principio fu della moglie ed in lei rimase *naturalmente*, la quale espressione si risolverebbe in queste parole *secundum rerum naturam* e non *secundum subtilitatem legum*. Ma posto dall'altra parte che il marito rappresenti la personalità della donna e possa usufruire di questi beni, e rivendicarli in qualità di marito, cioè come legale rappresentante della moglie, è chiaro di per sè che la legge lo consideri come proprietario, e gli dia le azioni su questi beni. Questa interpretazione non contraddice alle altre leggi, nè allo spirito generale del diritto considerato dopo l'ultima riforma. La legge di Ulpiano *de minoribus* lo dice apertamente così da non ammettere quistione: « *quoniam dos ipsius filiae* PROPRIUM PATRIMONIUM *est;* cosicchè se in altre leggi anche dello stesso Ulpiano troviamo un'opinione contraria, essa deve accettarsi nel nostro senso, cioè che la dote appartiene al patrimonio della donna, ed è rappresentata dal marito in qualità di legale procuratore, tanto più quando vediamo e l'una e l'altra opinione accordata in una medesima frase di Trifonino « *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Solo questa opinione spiega convenientemente tutte quelle disposizioni che permettono alla donna di reclamare la dote durante il matrimonio; nel diritto antico ciò era giustificato, fingendosi uno scioglimento di matrimonio con la *fictio divortii;* ma poichè questa finzione fu chiamata *falsa simulatio* da Giustiniano (h), e ciò non ostante la moglie può pagare i suoi debiti co'beni componenti la dote, è forza conchiudere che nemmeno durante il matrimonio le è tolto il diritto di proprietà, altrimenti si cadrebbe nell'assurda conseguenza che la moglie potesse coi beni del marito soddisfare ai suoi debiti.

§. 111.

Della dote dopo lo scioglimento del matrimonio.

T. D. Soluto matrimonio dos quemadm. petat. (24. 3.);—de impensis in res dotalis factis (25. 1.).—T. C. de rei uxor. act. in ex stipul. actionem trasfusa, etc. (5.13.);—soluto matrimon. dos quemadm. pet. (5. 18.); — ne pro dotis mulieris bona quand. mar. addicatur (5. 22.).

Essendo la dote destinata a sostenere i carichi del matrimonio, dipende pienamente dalla durata di questo vincolo, e però non appena il matrimonio è sciolto, la dote non ha più ragion di essere, e deve dal marito restituirsi. Intorno alla restituzione della dote, e specialmente alla questione: chi ha il diritto di chiederla, e quale è l'oggetto di essa; conviene osservare i seguenti principii:

(h) L. 30. in fin. C. de iure dot. (5. 12.).

I. 1) Se il matrimonio si scioglie per morte del marito, non si fa distinzione tra dote profettizia, ed avventizia, così :

a) Quando la moglie è *sui iuris*, sia per emancipazione sia per morte del padre, chiede ella stessa la restituzione della dote; se muore prima di ripeterla, nell'antico diritto i suoi eredi allora potevano domandare la dote, quando il marito era in mora (a); ma nel diritto nuovo si è affermato il diritto di chiedere la restituzione per gli eredi della donna anche senza la circostanza della mora (b).

b) Se la donna è ancora sottoposta alla patria potestà, il diritto di chiederla compete al padre in virtù dell' assenso espresso o tacito della figlia (c). Se essa è assente, il padre potrà ripetere la dote, ma dopo deve avere l'assenso della figlia; se essa è demente, allora lo potrà interamente da sè. Se il padre stesso è demente, allora invece di lui il curatore domanderà la restituzione, e se si teme che il padre potesse dissiparla, interverrà il magistrato, e ne prenderà cura (d).

2) Se il matrimonio si scioglie per morte della moglie, allora si distingue la dote profettizia dall'avventizia.

a) Nel caso di dote avventizia Giustiniano cambiò l'antico diritto, secondo il quale la dote rimaneva definitivamente presso il marito, e stabilì che gli eredi della moglie avevano sempre il diritto di ripeterla (e).

(a) *Ulp*. Fragm. VI. 7. — Fragm. Vat. §. 59.

(b) L. un. §. 4. C. de rei uxor. act. (5. 13.). *Iustin*. Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores et sine mora trasmissionis incorruptum.

(c) L. 2. §. 1. L. 3. 34. h. t. (24. 3.). *Ulp*. Quodsi in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est. Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se, nec per procuratorem potest; sic ergo et promittendum Sabinus ait; ei ergo promittendum erit, cui uterque iusserit. Ceterum si pater solus iussit, dotis actio filiae non erit ademta, quandoque suis iuris filia fuerit facta. Item si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adiuncta quoque filiae persona experiri possit? Et puto nec eam actionem amissam, quam adiuncta filiae persona potest habere, quodsi sui iuris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio. — L. 2. C. soluto mat. (5. 18.). — L. un. §. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.). — Nov. 97. c. 6. §. 1.

(d) L. 1. L. 2. §. 2. — L. 22. §. 4. 9. 10. h. t. (24. 3.). *Ulp*. Voluntatem autem filiae, quum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, filia, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. Et Iulianus libro quadragesimo octavo Digestorum scripsit, quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat; nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire eam quis merito credet. Sed si absens filia sit, dicendum erit, non ex voluntate eius id actum, cavendumque, ratam rem filiam habituram, a patre, ubi eam sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.

(e) L. un. §. 6. 13. C. de rei uxor. act. (5. 13.). *Iustin*. Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut, si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur. §. 13. in fin. Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacita ex stipulatu actionem donamus.

b) Se al contrario la dote è profettizia, sarà domandata dagli eredi della moglie, quando il costituente più non vive; se poi vive, e la donna, non avendo figli, è restata sempre sotto la patria potestà, il diritto di chiederla compete al padre (f) (1).

3) Il diritto di ripetere la dote può venire da contratto, ed allora il diritto di chiederla è di colui che al momento dell'atto stipulava la restituzione, fosse anche la donna stessa. Il padre potrà stipulare la restituzione anche dopo fatta la promessa, ma sempre prima della celebrazione del matrimonio; chè se l'atto solenne del matrimonio fu celebrato, nè egli nè terze persone possono stipulare la restituzione senza il consentimento della moglie (g).

II. Quanto all'obbietto della restituzione si hanno diverse regole secondo è la natura della dote, e secondo che questa fu diminuita per colpa del marito o dei suoi eredi.

1) Se l'oggetto della dote consisteva in una somma o in una quantità di *res fungibiles*, il marito o i suoi eredi devono restituire una somma eguale, o un'eguale quantità; la stessa regola vale ancora per l'oggetto non *fungibilis* di una dote *venditionis causa aestimata* (h).

2) Se al contrario si tratta di cose non *fungibiles*, e la dote non sia *aestimata venditionis causa*, il marito o i suoi eredi devono restituire le cose individualmente; ma se per loro colpa le cose dotali fossero distrutte o danneggiate, egli o i suoi eredi devono darne il risarcimento; e se esse furono alienate col consenso di colui che le domanda, questi dovrà allora pretenderne il solo prezzo (i).

3) È possibile che l'oggetto della dote consista in un diritto reale; ed allora quel vantaggio giuridico che da questo diritto venne al marito, deve essere dato a colui che ripete la dote, in varii modi, e propriamente: per

---

(f) L. un. §. 6. 13. infin. C. eod. ved. not. prec.

(g) L. 7. pr. L. 20. §. 1. de pact. dot. (23. 4.). *Paul.* Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest, legem enim suae rei dicit; postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet. — L. 29. pr. fr. t. (24. 3.). — L. un. §. 13. de rei uxor. act. (5. 13).

(h) L. 10. §. 6. L. 42. de iur. dot. (23. 3.). *Ulp.* Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio, aut res praestentur, si quidem fuerit adiectum: *utrum mulier velit*, ipsa eliget, utrum malit petere rem, aestimationemve; verum si ita fuerit adiectum: *utrum maritus velit*, ipsius erit electio; aut si nihil de electione adiiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et quum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. Sed si res non extet, aestimationem omnimodo maritus praestabit. — L. 14. 16. 18. de iur dot. (23. 3.). — L. 66. §. 3. h. t. (24. 3.). — L. 1. C. h. t. (5. 18.).

(i) L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1. 4. L. 55. 66. pr. h. t. (24. 3.). — L. 17. pr. L. 72. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

mezzo di trasferimento, o per esercizio del medesimo diritto; ovvero con l'estinzione o col ristabilimento del *ius in re;* anche in questi casi è fondata la pretensione dell'indennizzo, quando per colpa del marito non si può conseguire questo fine (k).

4) Se l'oggetto della dote fu un diritto di obbligazione, bisogna considerare questi diversi casi: se l'obbligazione fu soddisfatta, l'obbietto dell'obbligazione sarà quello della dote; se poi non fu soddisfatta, e colui che domanda la restituzione n'è il debitore, allora egli avrà il diritto d'esserne liberato; ma se non è il debitore, ha diritto che gli sia ceduto questo diritto d'obbligazione. Anche qui secondo le circostanze dei casi chi domanda la restituzione della dote avrà anche diritto di chiedere risarcimento, qualora per colpa del marito si fosse perduta l'obbligazione, ovvero perchè questi era obbligato fin dal principio, o per qualunque fosse atto tenuto per ogni pericolo (l).

5) Finalmente l'obbietto della dote può consistere nel rilasciare un debito del marito, ed in questo caso si ritiene come se questi avesse ricevuto l'obbietto del debito; se poi questo debito dipendesse da una condizione o da una determinazione di tempo, e la condizione non sia ancora avverata, o il tempo non sia ancora venuto al momento della restituzione, allora bisognerebbe costituire da capo il debito medesimo (m).

6) All'obbligo della restituzione della cosa principale va annesso naturalmente quello degli accessorii, ossia di tutte le accessioni che si son fatte durante il matrimonio. I frutti spettano di diritto al marito, ma con

---

(k) L. 32. de iure dot. (23. 3.).

(l) L. 33. 41. §. 3. L. 48. §. 1. L. 49. de iur. dot. (23. 3.).—L. 41. §. 4. eod. L. 30. §. 1. L. 44. §. 1. L. 66. §. 7. h. t. (24. 3.).—L. 49. pr. *Paul.* Maevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, quum nuptum ire coepisset, decem millia: ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit; quaesitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit, etiam illam summam, quae instrumento continetur, refundere? Respondi, potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt, debitorem convenire, sed si sine dolo malo vel culpam exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati iudicio.— L. 20. §. 2. de pact. dot. (23. 4).

(m) L. 12. § 2. L. 43. §. 1. de iur dot. (23. 3.). *Ulp.* Quoties autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, liberatio non sequetur, nisi forte sic accepto tulit, ut vellt mulieri in totum donatum; tunc enim credendum est, brevi manu acceptum a muliere, et marito datum; ceterum mulieri per liberam personam condictio acquiri non potest. Plane secutis nuptiis mulier soluto matrimonio dotis exactionem habebit, nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, condictionem habeat; tunc enim non habebit mulier actionem. Secundum quae constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio, quae accepto lata est, non ipsa eam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora. Sin vero obligatio in diem fuit, nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio, et si debitum cum satisdatione fuerit; satisdatio renovanda est.

due condizioni: che questi sieno da lui raccolti durante il matrimonio, e che le cose fruttifere sieno veramente dotali; e quindi ne segue che i frutti raccolti prima aumentano la dote, quelli raccolti dopo il matrimonio sono proporzionalmente divisi tra il marito e colui che chiede la restituzione (n) (2).

7) Prima che la dote si restituisse, il marito ha diritto di essere rimborsato delle spese necessarie fatte per conservare le cose dotali. La somma da rimborsare si toglie dalla dote medesima, sicchè questa è *ipso iure* diminuita (o). Perchè questo diritto fosse dato al marito, conviene che le spese fossero state di qualche importanza, o che vi fosse stato pericolo di deteriorazione delle cose dotali; non si vogliano nel medesimo tempo comprendere le spese ordinarie di mantenimento, poichè queste sono di suo obbligo (p). Per le spese utili la dote non può essere ritenuta dal marito, nè ritardata la restituzione, soltantochè questi potrà averne rimborso per mezzo dell' *actio mandati* o *negotiorum gestorum contraria* (q). Per le spese di lusso il marito ha solamente il *ius tollendi* (r).

(n) L. 7. pr. §. 1. — L. 10. §. 1. 2. — L. 47. 55. de iure dot. (23. 3.). — L. 5. 6. 7. pr. 8. 12. L. 31. §. 4. h. t. (24. 3.). — L. un §. 7. 9. C. de rei uxor. act. (5. 13.). *Iust.* . . . . Foetus autem iumentorum et omnia, quae fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive aestimata, sive non aestimata sint. Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere assignari, commune utriusque actionis est, in rebus scilicet non aestimatis. Aestimata num enim rerum maritus quasi emtòr et commodum sentiat, et dispendium subeat, et periculum exspectet. — L. 20. C. de iure dot. (5. 12.).

(o) L. 5. §. 1. 2. de impensis in res dot. (25. 1.).—L. 15. eod. (25. 1.). *Nerat.* Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessarias factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id est in ea causa sit; nam tueri res dotales vir suo sumtu debet, alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura dotem minuent; omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. Sed ipsae res ita praestare intelliguntur, ut non tam impendas in ea, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris..—L. un. §. 5. C. de rei ux. act. (5.13.).—§. 37. Inst. de act. (4.6.).—confr. L. 56. §. 3. de iur. dot. (23.3.).

(p) L. 79. pr. de V. S. (50. 16.).—L. 1. 4. 12. 14. pr. 15. 16. de impens. (25. 1.).—L. 5. eod. *Ulp.* Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter diminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem eius: manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat; non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpore, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint; ceterum, si extrinsecus; non imminuent dotem.

(q) L. 79. §. 1. de V. S. (50. 16.).—L. 5. §. 3. L. 6. 7. §. 1. L. 10. L. 14. §. 1. de impens. in res. dot. (25. 1.). L. 7. §. 1. *Ulp.* Quarum utiles non minuunt ipso iure dotem, verum tamen habent exactionem.

(r) L. 7. pr.—L. 9. 11. pr. 14. §. 2. eod.—L. 9. *Ulp.* Pro voluptuariis impensis, nisi pa-

Col diritto del rimborso delle spese necessarie va congiunto ancora quello del trasferimento delle obbligazioni che il marito ha dovuto accollarsi riguardo agli oggetti dotali senza colpa da parte sua (s).

III. Affinchè colui a cui è dovuta la restituzione possa esser sicuro del suo diritto, è data un' azione personale contro il marito o gli eredi di lui diretta alla restituzione della dote. Quest' azione si determina secondo la natura del patto di restituzione fermato nell' atto che costituì la dote; è un' *actio ex stipulatu* ovvero un' *actio praescriptis verbis*, secondo che v' intervenne stipulazione o no (t). Coloro i quali avevano diritto di ripetere la dote *ipso iure*, nel diritto anteriore da Giustiniano avevano un' azione personale di buona fede appellata *rei uxoriae actio* in opposizione dell' *actio ex stipulatu* di stretto diritto, ammessa in caso che si fosse dal costituente stipulata la restituzione. L' *actio de dote* o l' *actio rei uxoriae* poteva esser prodotta solamente dal padre o dalla moglie stessa, ma non dai loro eredi. Giustiniano apportò questa modificazione, che avendo concessa l' *actio de dote* anche agli eredi, la chiamò pure *actio ex stipulatu* senza però cambiare il suo carattere di buona fede (u).

Perchè tale azione produca i suoi effetti conviene innanzi tutto provare la costituzione della dote. Se fu costituita per promessa, e colui che chiede la restituzione è il promettente stesso, è mestieri provi che la sua promessa fu adempiuta (v). Contro un documento di pagamento, che non fosse una perfetta quietanza, il convenuto ha la *querela* o l' *exceptio non numeratae dotis* pel corso di un anno o tre mesi dallo scioglimento dal matrimonio, secondochè questo durava due anni o più, ma non di là di 10 anni. Se il marito che ha la facoltà di produrre questa querela è minore, gli si danno altri 12 anni di tempo; gli eredi hanno solamente un

---

rata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur; nam si vult habere mulier, reddere ea, quae impensa sunt, debet marito, aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem. Ceterum si non recipiant, relinquendae sunt, ita enim permittendum est marito auferre ornatum, quem posuit, si futurum est eius, quod abstulit. — L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (25. 13.).

(s) L. 16. de imp. (25. 1.). — L. 55. solut. matr. (24. 3.). *Paul.* Quum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere, et periculum mariti amoveat.

(t) L. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.).

(u) §. 29.Iust. de act. (4. 6). Fuerat autem et rei uxoriae actio una ex bonae fidei iudiciis. Sed quum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in exstipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito, rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sint. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; preferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus.

(v) L. 1. C. de dot. caut. non numer. (5. 15.).

anno di più dopo la morte del marito minore; e se sono anch'essi minori hanno cinque anni dippiù dopo la morte del marito (x).

Oltre di quell' azione la donna per sicurezza della sua dote ha l' ipoteca legale sopra tutti i beni del marito (y), la quale comincia dal tempo della costituzione, o secondo i casi, della numerazione della dote (z). In forza di questo diritto si possono pretendere gli oggetti della dote con l'azione ipotecaria anche prima degli altri creditori del marito. Giustiniano dava oltre a ciò alla donna la facoltà di produrre l' azione di proprietà appena sciolto il matrimonio, o durante il medesimo, nel caso d'insolvenza del marito, senza distinguere se la dote fosse stimata o no. Quest' azione era diretta contro qualunque possessore delle cose dotali, mentre l' ipotecaria assicurava la dote contro qualunque creditore che avesse potuto avere egual diritto sopra i beni stessi del marito (aa).

ANNOTAZIONI

(1) Si è fatta questione se al padre competa il diritto di chiedere la restituzione anche quando la figlia fosse stata emancipata. Egli è certo che nel diritto classico non si poteva negare questo diritto al padre nemmeno dopo l' emancipazione, e di ciò fanno fede molte leggi che furono anche accettate nelle Pandette (bb); ma che poi questa regola valesse pure nella legislazione giustinianea, come molti antichi e recenti scrittori pretendono, è del tutto inesatto, quando s'interpretano convenientemente le parole della legge un: §. 13. C. *de rei ux. act.* (5. 13.) (cc).

La lettura accurata di questa legge farà chiaro che il padre non può ripetere la dote, quando la figlia sia emancipata. Giustiniano stabilisce, che quando la dote è costituita da un estraneo, e non ne è stipulata la restituzione, deve presumersi come se la donna l' avesse stipulata per sè, di guisa che non l' estraneo, ma ella o i suoi eredi avranno facoltà d' intentare l'*actio ex stipulatu*; quindi il legislatore definisce la parola *estraneo*, dicendo: « Extraneum autem intelligimus omnem citra paren« tem per virilem sexum adscendentem *et in potestate dotatam personam haben« tem*; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus ». Egli è chiaro che secondo questa legge il parente che non ha più la patria potestà è equiparato all'estraneo, e però non compete a lui l'*actio ex stipulatu*, ma bensì alla donna emancipata o agli eredi di lei (dd); aggiungasi che un'altra legge determina espressamente lo stato di figlia di famiglia quale condizione, affinchè il padre potesse usare dell'*actio*

(x) L. 14. C. de non num. pec. (4. 30.).—L. 3. C. de dote caut. (5.15.).—Nov. 100. c. 1. 2.

(y) L. un. §. 1. de rei ux. act. (5. 13.). §. 29. Inst. de act. (4. 6.).— ved. not. (u).

(z) L. 19. §. 2. C. de donat. ante nupt. (5. 3.). *Iust.* Iura etiam hypothecarum, quae in augenda dote vel donatione fuerint, ex eo tempore initium accipiant, ex quo eaedem hypothecae contractae sunt, et non a prioris dotis vel ante nuptias donationis tempore referantur.

(aa) L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.).

(bb) L. 71. de evict. (21. 2.). — L. 5. de divort. (24. 2.). — *Ulp.* frag. VI. 4. — fragm. Vat. §. 108.

(cc) Ved. *Thibaut*, §. 747. (9. ediz.).—*Rudorff*, §. 371. — *Puchta*, Lezioni II. pag. 263.

(dd) Ved. *Zimmern*, Storia del diritto I. pag. 622.

ex stipulatu per la restituzione della dote. L. 4. C. *solut. matr.* (5. 18.). *Alexander*: « Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier *filiafamilias*, ad pa« trem *redire debet* ».

(2) In quanto ai frutti da restituire con la dote, e alla partizione de' medesimi avvi qualche difficoltà. Specialmente se il corso del matrimonio stesse in mezzo a due periodi di frutti, dei quali il primo fosse cominciato avanti il matrimonio, l'ultimo non fosse compiuto, quando questo fu sciolto. La regola generale stabilita in questo caso è che si debbano prendere in considerazione ambidue i periodi di frutti, ossia le raccolte de' due anni. Dato, a cagion d'esempio, che il matrimonio fosse stato celebrato al 1.° maggio 1863 e si fosse data per dote una vigna, sciogliendosi alla fine di dicembre del medesimo anno, nella divisione dei frutti deve badarsi tanto alla vendemmia del 1863, che il marito ha veramente fatta, quanto a quella del 1864; poichè il matrimonio ha durato 6 mesi in un periodo di frutti, e due nell' altro: *fructuum toto tempore quo curantur, non quo percipientur* (ee).

Una controversia è stata, ed è ancora disputatissima nelle scuole per l'interpretazione del §. 1. della legge 7 di Ulpiano *soluto matrimonio*; nella quale il romano giurista cita un' opinione di Papiniano su questa materia. Egli propone il caso di uno che ha celebrato il matrimonio al 1.° ottobre e ricevuto per dote una vigna; egli ne raccoglie tutto il frutto, e al 1.° novembre la dà in fitto; poscia nell'ultimo giorno di gennaio del seguente anno il matrimonio si scioglie, dopo aver durato solo quattro mesi, un mese in un periodo di frutti, tre mesi nell' altro. La decisione è questa: *vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Le opinioni sull' interpretazione di questa sentenza di Papiniano sono svariatissime, ma le principali sono le seguenti (ff).

L' opinione più antica è che si dovrebbe sommare tutta la vendita della vendemmia ed un quarto del fitto, e del tutto dare il terzo al marito, quale sua rata de' frutti (gg).

Un' altra opinione stabilisce che in questo caso al marito spetti soltanto $^1/_{12}$ della vendemmia ed $^1/_4$ del fitto (hh).

Dalla prima interpetrazione, quantunque sembrasse fondata sulle parole della legge, pure nasce tale errore di calcolo che fa chiara la sua inesattezza. Imperocchè, sommandosi tutta la raccolta della vigna ed un quarto del fitto, si avranno 15 mesi di frutti, di cui dandosi un terzo al marito, avrà questi 5 mesi di frutti, mentre il matrimonio è durato soltanto 4 mesi. La opinione comunemente accettata e più confacente allo spirito della legge suddetta è quella di *Duareno*; essa non è in contraddizione con le parole di Papiniano, le quali dovrebbero esser tradotte così: la rendita della vendemmia ed un quarto del fitto devono esser in guisa tale confusi che un terzo spetti al marito. E di vero il problema era di determinare per quattro mesi la parte de' frutti spettante al marito; la sua *tertia portio*.

(ee) L. 5. 6. soluto matrim. (24. 3.).

(ff) Ved. *Glück*. XXVII. pag. 292.

(gg) Ved. *Cujac.* op. omn. IV. pag. 285. — *Hasse*, Comment. de variis eorum sententiis, qui in explan. — L. 7. §. 1. solut. matr. vulgatam interpretationem reliquetur. Bon. 1827. — *Puchta*, Lezioni, II. 267.

(hh) *Duaren*. disput. 1. 60. — *Donell*. XIV. 7.

Per compor la quale adunque, alla rendita di tre mesi del nuovo fitto, *quarta portio fructuum novissimi anni*, si aggiunga per proporzionare il tutto alla durata del matrimonio un mese della vendemmia precedente, e i quattro mesi di frutti corrisponderanno così a' quattro mesi del matrimonio: o con altre parole Papiniano forma la terza parte de' frutti dovuta al marito con un quarto di fitto, ed un duodecimo di vendemmia (ii).

§. 112.

B. Della donazione per nozze.

T. C. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias (5. 3.).

1) La *donatio propter nuptias*, detta *ante nuptias* prima di Giustiniano, è un istituto simile alla dote, e consiste in quello che il marito od altri per lui mette in comune per sostenere i pesi del matrimonio; o altrimenti è la dote del marito. Questa donazione unitamente alla dote costituisce tutto il patrimonio dotale. Così la donna che porta la dote, può pretendere tale donazione dallo sposo o dal padre di lui, ed in egual proporzione della dote, così che se questa cresce o diminuisce, si accresce o diminuisce anche la donazione (a). Prima di Giustiniano la donazione per nozze dovea farsi forzatamente prima del matrimonio, ma dall' ultimo riformatore del diritto fu considerata la donazione valida anche quando si facesse dopo il matrimonio, ma per lo scopo anzidetto: onde il nome di *donatio propter nuptias*, invece dell' altro *donatio ante nuptias*.

2) Benchè grandemente uguale alla dote sembri nei suoi principii la *donatio propter nuptias*, non la si può però dire strettamente simile; e di fatti questa, come la dote, aumenta bensì il patrimonio della famiglia, ma resta nelle mani del marito, non passa alla moglie, nè le dà nessun utile diretto: e quel che è più, sciolto il matrimonio, non ha quella donazione neppur una delle conseguenze della dote, anzi il nome totalmente ne svanisce.

3) Pure alle volte questa donazione ha importanza effettiva per la moglie. Ella, qualora il marito cada in povertà, può da ogni terzo possessore, e dal marito stesso rivendicare le cose donate (b): lucra ancora la donazione, quando per colpa di lui si sciolga il matrimonio; e generalmente in tutti quei casi, che il marito quale superstite avrebbe, dopo lo scioglimento del matrimonio, lucrata la dote, la moglie superstite similmente lucrerà la donazione; solo avendo figliuoli, avrà la proprietà d'una porzione virile, e l' usufrutto delle altre (c).

(ii) Ved. *Puchta*, o. c. — *Vangerow*, l. §. 220.

(a) Nov. 74. c. 4. — Nov. 97. c. 1. 2. — Nov. 117. c. 4. — conf. Nov. 91. c. 2.

(b) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). — Nov. 61. c. 1. §. 3.

(c) Nov. 123. c 3.

§. 113.

C. Delle donazioni tra coniugi.

T. D. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.). — T. C. de donat. inter vir. et uxor. (5. 16). — Grasm. t. VII. — *Savigny*, Sist. IV. pag. 165.

1) Le donazioni fatte vicendevolmente tra i coniugi durante un valido matrimonio sono nulle (a). Questa misura è giustificata dal principio che non è lecito di spogliarsi a vicenda per reciproco amore; perchè i matrimonii non fossero venali; perchè il peggiore de'coniugi non si arricchisca dalle sostanze del migliore, ed in fine perchè la concordia famigliare non si comprasse a prezzo. Da questo principio nasce che le cose donate, ancorchè vi fosse stata tradizione, non si trasmettono nella proprietà del donatario, nè nel possesso civile; cosicchè si potranno rivendicare le cose esistenti, e se consumate, si potrà ripeterne il prezzo con la *condictio sine causa*. I frutti raccolti mediante le proprie fatiche si potranno ritenere dal donatario, il quale potrà esimersi dall'azione rivendicatoria offrendo il valore degli oggetti avuti (b). Per lo stesso principio la promessa di donazione non dà facoltà al donatario ad azione veruna, e la liberazione di un debito fatta per mezzo di una simile donazione è considerata come non fatta (c).

2) Questa teoria ebbe una profonda modificazione dalla *Oratio Settimii Severi*, la quale stabilì, che tali donazioni, di nessun valore durante il matrimonio, si convalidano dopo la morte del donatore, dato che questi non avesse cambiato volontà durante la vita, e non avesse preso altre disposizioni, e dato anche che la donazione fosse invalida pel solo motivo del matrimonio (d).

(a) L. 1. 3. §. 1. L. 35. 64. 65. h. t. *Ulp.* Moribus apud nos acceptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, et profusa erga se facilitate.—L. 3. Haec ratio, et oratione Imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

(b) L. 17. pr. — L. 26. pr. h. t.

(c) L. 3. §. 10. L. 5. §. 1. 5. h. t. *Ulp.* Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quidquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet; ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.

(d) L. 22. §. 3. 5. h. t. — Novel. 162. c. 1. — L. 25. C. h. t. (5. 16.).

Alcune donazioni tra coniugi sono per eccezione valide dal principio, e specialmente:

a) quelle, il cui adempimento cade dopo lo scioglimento del matrimonio (e);

b) quelle che si fanno per riedificare edifizii incendiati o ruinati (f);

c) quelle che non mostrano il concetto stretto della donazione, cioè l'arricchimento del donatario e l'impoverimento del donante; possono esser valide adunque le donazioni reciproche, la remissione di un diritto di pegno, ed il ripudio che fa l'un coniuge in favore dell'altro di un'eredità o di un legato (g);

d) le donazioni fatte dall'Imperatore a sua moglie (h).

ANNOTAZIONE

Oltremodo quistionato è se una promessa di donazione si convalida dopo la morte del coniuge donatore. Ultimamente furono publicate molte dissertazioni in Germania per sostenere opposte opinioni, e fra gli altri il *Wächter* nega che tale promessa si convalidi; mentre altri come il *Puchta* e *Savigny* ne affermano la validità dopo la morte come per le donazioni già effettuate (i).

A voler decidere questa questione secondo il diritto classico è forza andare nell'opinione del *Wächter;* e le parole del senatoconsulto, dal quale fu introdotta questa convalidazione senza dubbio si riferiscono alle donazioni effettuate: *Ait Oratio: fas esse, eum qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.* L. 32. §. 2. h. t.

Che questo passo del senatoconsulto parli del caso che la donazione fu già eseguita, è comprovato dalle altre parole dell' *Oratio* che si leggono nella medesima legge 32 al paragrafo 14: *Qui donatum accepit.* Gli stessi giuristi romani si opponevano all'opinione che il senatoconsulto comprendesse ancora le promesse di donazione, ed Ulpiano nella legge 23 ripete una sentenza di Papiniano su ciò: « Papinia-« nus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere; deni-

---

(e) L. 9. §. 2. — L. 10. 12. 60. §. 1. — L. 62. 66. pr. h. t. *Ulp.* Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt; — L. 10. *Gai.* Quia in hoc tempus excurrat donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

(f) L. 14. h. t. *Paul.* Quod si vir uxori, cuius aedes incendio consumtae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii exstructio postulat.

(g) L. 5. §. 13. 16. — L. 7. §. 2. h. t. *Ulp.* Si vir et uxor tantundem quin invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit, compensationem fieri donationum; et hoc Divus Hadrianus constituit. — L. 5. §. 13. *Idem.* Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Iulianus scripsit libro septimo decimo Digestorum, donationem valere; neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura.

(h) L. 26. C. h. t.

(i) Ved. *Wächter*, nell'archivio civile XVI. pag.107.— *Zimmern*, storia del diritto I. 602. — *Savigny*, l. c. pag. 183.— *Puchta,* nel Museo del Reno, VI. pag. 372.

« que si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem « mariti, licet durante voluntate maritus decesserit ».

Nè può accettarsi la congettura del *Puchta*, che vi sieno due senatoconsulti, l'uno di Settimio Severo, che riguarderebbe le donazioni effettuate, l'altro di Antonino, che si riferirebbe ancora alle promesse (k). Questa congettura non regge alla storia, imperocchè Caracalla, nominato anche Antonino, negli ultimi anni di suo padre Severo, essendogli collega nell'impero, recitò la detta *Oratio:* onde si fa chiaro quel passo de'frammenti Vaticani, che l'attribuisce ad entrambi: *Maximi principes nostri suaserunt* (l), e quella L. 3. C. h. t., che dice: *ex mea, et Divi Severi, patris mei constitutione*, ed altri luoghi che ora Settimio ora Antonino chiamano autore della costituzione sopraddetta (m). Nè più vera è l'interpetrazione che il *Savigny* propone della legge 23 anzi citata; poichè secondo lui non tutta la sentenza di Papiniano è ivi accettata, ma solo che l'*Oratio* appartenga *ad rerum donationem:* l'altra opinione di non comprendersi la semplice promessa, Ulpiano non l'accetta, ma solamente riferisce — L'interpetrazione è sottile troppo, per non dir cavillosa — Certamente il principio di Papiniano è di restringere l'*Oratio* alle donazioni *rerum:* Se dunque Ulpiano approvava questo, non poteva non approvare il resto, che n'è conseguenza legittima.

Alla nostra opinione sono opposti altri argomenti tratti da alcuni passi dei giureconsulti. Così dalla legge 32 h. t. dello stesso Ulpiano pensano di ricavar meglio il pensiero di questo giurista, le cui parole nel §. 1., sono: « Oratio Imperatoris no« stri non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed *ad* « *omnes donationes inter virum et uxorem factas*, ut et ipso iure res fiant eius cui « donatae sunt, *et obligatio sit civilis* ». Qui adunque non solo ripete, come nella legge 23 citata di sopra, le donazioni già seguite doversi convalidare, ma con le parole *obligatio sit civilis* chiaramente afferma che la promessa ancora si fa valida civilmente, e genera un'azione. Certo così può intendersi: ma un'altra spiegazione può ancora darsene, la quale, poichè non discorda dalla dottrina generale, è, a parer nostro, da preferire. Non potrebbe forse Ulpiano intender la cessione *animo donandi* fatta dal marito, di un'obbligazione, di cui egli fosse creditore verso altri? Che ivi si dica, il senatoconsulto riferirsi alle donazioni tutte, non dà nessuna forza all'opinione contraria: considerando specialmente che la parola *donatio*, secondo il diritto antico, denota propriamente la donazione effettuata (n), come si rileva dal §. 23 della stessa legge 32: « *Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa,* « *potest dici, donationem effectum habituram* ». Qui si parla delle donazioni *rerum*, e della remissione di un debito, la quale remissione non è già una promessa, ma una donazione già seguita: nè, se Ulpiano avesse voluto comprendere in questo passo la sola promessa, avrebbe mancato di esprimerlo.

Un altro argomento in loro favore è tratto ancora da Ulpiano, le cui parole nel pr., e nel §. 2 della legge 33, sono queste: « Si stipulata fuerit mulier annuum, id « ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si manente matrimonio « decepisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse

(k) L. 23. 32. h. t.

(l) Fragm. Vat. §. 294.

(m) L. 23. 32. h. t. — L. 10. C. t. Fragm. Vat. §. 276.

(n) Ved. *Bücking*. Istituzioni I. pag. 436.

« dici, stipulationem confirmari ex senatusconsulto §. 2. Et si forte maritus ab uxo« re stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum « erit, ex Oratione donationem convalescere ». Veramente questo passo sembra avvalorare di molto la contraria opinione, poichè si stabilisce che gli eredi del marito debbono continuare a pagare alla moglie la rendita annuale da lui promessa. Ma questa, anzi che una regola, è da tenere come eccezione al principio stabilito nella legge 23 già riferita, e giustamente, poichè trattandosi di simile rendita, non vi sono tante donazioni per quanti sono i termini assegnati del pagamento, ma il complesso delle rendite tutte forma una sola ed unica donazione: *Stipulatio tamen una est* (o). Si può ben dire che la moglie, avendo ricevute annualmente le prime rendite, si trovi già in possesso della donazione, e sarebbe *durum et avarum* se gli eredi, morto il marito senza mutar proposito, cessassero dal pagare le annualità susseguenti: la ratificazione di tale promessa è appieno giustificata.

Da ultimo dicono i nostri oppositori, che i Romani mercè l'*Oratio Antonini* consideravano le donazioni tra i coniugi non contraddette alla morte, quali *mortis causa donationes* (p), e potendo queste esser fatte per stipulazione così bene, come per tradizione, una donazione tra i coniugi, anche solamente stipulata, per la sopraddetta finzione si convalida (q). Quest'argomento nasce da una petizion di principio. Imperocchè, pigliando quella finzione origine dall' *Oratio*, non tutte le donazioni tra i coniugi debbono considerarsi come fatte *mortis causa*, ma quelle solo che per l' *Oratio* si convalidano: ora dimostrato che le promesse non si hanno per rate col solo silenzio, non si potranno giammai tener queste quali *mortis causa donationes*.

Ma questa dottrina da noi esposta ha solamente valore storico, poichè Giustiniano nel capo 1° della Novella 162 fermò, che ancora la promessa di donazione si convalida dopo la morte del coniuge donatore, la cui volontà non abbia receduta (r).

§. 114.

D. Delle cose involate dai coniugi fra loro.

T. D. de actione rerum amotarum (25. 2.).

Se da un coniuge furono all' altro involati degli oggetti, al danneggiato la legge non dà l' *actio furti,* ma gli concede un' azione *rei persecutoria* da prodursi dopo lo scioglimento del matrimonio (a). Pel furto commesso da uno dei coniugi all' altro, o a colui sotto la cui potestà si trova l'altro, nella speranza di ottenere lo scioglimento del matrimonio (b), il Pretore, volendo salvare il decoro di entrambi, dette l'*actio rerum amotarum*. Quest' azione è prodotta dal coniuge offeso e suoi eredi, se lo scioglimento del matrimonio succede, contro l' altro; e tende a conseguire la restituzione delle cose involate con ogni loro pertinenza: l' azione è però una *condictio rei persecutoria* somigliante alla *condictio furtiva* (c).

(o) L. 35. §. 7. de mort. caus. donat. (39. 6.).

(p) L. 32. §. 7. 8. h. t. — Fragm. Vat. §. 294.

(q) *Savigny*, l. c. pag. 188.

(r) *Vangerow*, I. §. 225.

(a) L. 1. h. t. *Paul.* Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam facere, aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure: in qua sententia et Iulianus rectissime est. — L. 2. eod. *Gai.* Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur. — L. 3. §. 2. h. t. — conf. L. 2. C. h. t. (5. 21.).

Se il furto seguì senza l' intenzione di far nascere uno scioglimento, ma prevedendo la morte dell' altro coniuge, ed il matrimonio di fatti si sciolga, compete alla parte offesa un' *actio rerum amotaram utilis* (d).

Nel caso che il furto fosse commesso prima del matrimonio , ovvero si fosse rubata una persona, della quale l'altro coniuge diventasse erede, allora questi potrà dirigere contro il coniuge ladro la *condictio furtiva* (e).

La medesima azione può essere prodotta anche contro gli eredi, i quali saranno condannati in quanto si arricchirono delle cose involate; ma, se queste trovansi in ispecie, si può esercitare la *rei vindicatio* (f).

L' *actio rerum amotarum* dev' essere prodotta sempre dopo lo scioglimento del matrimonio, tranne in un sol caso, e proprio quando il coniuge avesse involato cose, delle quali l' altro coniuge dovea rispondere verso un terzo; giacchè allora quest' azione può esser prodotta anche durante il matrimonio (g).

(b) L. 6. 11. §. 1. L. 15. §. 1. L. 17. §. 1. L. 21. pr. L. 25. 30. h. t. — L. 15. §. 1. *Ulp.* Uxor, et nurus, et pronurus viro, et socero et prosocero furtum facere possunt; furti autem non tenentur, nisi forte emancipatus sit filius, tunc enim nurus patri eius et furtum facit et furtum tenetur. — L. 25. *Marcian.* Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum , si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit; sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest, nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

(c) L. 17. §. 2. L. 21. §. 3-6. L. 26. eod. *Paul.* Rerum amotarum actio damnum repraesentat, etiamsi postea dotis exactio competat. §. 4. Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est. §. 5. Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet; et ideo non anno finitur , sicut et condictio furtiva. Praeterea et heredibus competit. — L. 26. *Gai.* Rerum amotarum actio condictio est.

(d) L. 21. pr. eod. *Paul.* Si mulier quum de viri vita desperasset, surreptis quibusdam rebus divortisset, si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.

(e) L. 3. §. 2. eod. *Paul.* Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei, cui heredes simus, furtum fecit, vel nobis, antequam nuberet ; tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus.

(f) L. 6. §. 4. h. t. *Paul.* Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva. — L. ult. C. h. t. *Dioclet.* et *Maximin.* De rebus , quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, quod si res extent, dominii vindicatione uti non prohiberis.

(g) L. 22. §. 4. C. de furtis (6 2.).

§. 115.

E. Delle pene private a cagione delle seconde nozze.

T. C. de secundis nuptiis (5. 9.); — si secundo nupserit mulier (5. 10.). — Nov. 22. c. 22-48.

Per diritto antico appena sciolto il matrimonio poteva contrarsene un altro, anzi la legge Giulia e Papia Poppea prescriveva il secondo matrimonio dopo sciolto il primo, applicando alla persona vedovata le pene del celibato. Per l' influenza del Cristianesimo si ebbe maggior considerazione ai figliuoli del primo letto, in favore dei quali furono determinate pene private a carico del *pater* o del *parens binubus*. Queste pene furon dette *poenae secundarum nuptiarum*.

1) Il *coniux binubus* perde la proprietà dei lucri nuziali, che sono tutte quelle cose che ha potuto acquistare dall' altro coniuge mediante un atto di liberalità, non solo, ma è da chiamare lucro nuziale anche la dote, che in qualche caso può lucrare il marito, e la *donatio propter nuptias* che può aver acquistata la donna (a). La proprietà di questi beni ricade ai figliuoli del primo letto secondo l' ordine della successione legale, sieno essi addivenuti o no eredi dei loro genitori; ma non va ai figliuoli ingrati (b). La proprietà di questi beni può esser devoluta anche ai nipoti, ma solamente quando essi sieno addivenuti eredi del loro padre o della loro madre (c). Stando a questo principio qualunque alienazione dei lucri nuziali è nulla, quantunque fatta prima della celebrazione del secondo matrimonio, cosicchè qui ha luogo un *dominium revocabile ex tunc*. I figliuoli del primo letto potranno rivendicare le cose medesime dopo la morte del *coniux binubus*; ma se tutti morirono senza discendenza, l'alienazione si convalida; mentre è sempre nulla quando i figliuoli del primo letto sopravvivono al loro *parens binubus* (d). Se il coniuge non lucrava dal primo matrimonio la proprietà, ma solamente l' usufrutto, non viene a lui pregiudizio alcuno dalle seconde nozze, laddove prima per un'altra costituzione imperiale era il contrario (e). Parimente i figliuoli del secondo letto hanno diritto alla proprietà della dote o della *donatio propter nuptias* che il *binubus* lucra dal secondo matrimonio, quand'anche egli non vada a novelle nozze: sendo ciò stabilito per uguagliare la sorte dei figli tra loro (f).

(a) Nov. 22. c. 30.
(b) Nov. 22. c. 22-26.
(c) N. 22. c. 21.
(d) Nov. 22. c. 26.
(e) Nov. 22. c. 32. — L. un. C. si secund. nupt. (5. 10.).
(f) Nov. 22. c. 29.

2) Colui che contrae un secondo matrimonio non può della sua proprietà lasciare al secondo coniuge, sia per atto tra vivi sia per l' ultima disposizione, più di quello che ricevè il meno benificato dei figliuoli della prima unione; se vi è contravvenzione a ciò si rileva dallo stato del patrimonio del *binubus* dopo la sua morte; trovandosi che per qualsivoglia atto egli abbia conceduto al secondo coniuge più di quello che questa determinazione prescrive, l'eccesso era diviso egualmente tra i figliuoli del primo matrimonio (g).

3) Se egli come fedecommissario deve sotto condizione o in determinato tempo trasmettere l' eredità dei suoi immediati ascendenti ai figliuoli del primo letto, passando a seconde nozze non è più liberato dalla cauzione *legatorum servandorum* (h).

II. Quanto alla donna che si rimarita, le pene sono alquanto più severe a causa delle peculiari circostanze in cui ella si può trovare.

1) Perchè si potesse determinare la legittimità dei figli e non vi fosse dubbio alcuno su ciò, la donna fu obbligato a mantenere un anno di lutto dopo lo scioglimento del matrimonio. La vedova che non osserva questa determinazione è dichiarata infame, e decade da tutti i vantaggi che le provengono dal primo matrimonio. Essa oltre a ciò non può costituire al marito una dote maggiore della terza parte del suo patrimonio, nè lasciargli per ultima disposizione più di questa; non può acquistare per testamento di un estraneo, ed è esclusa dalla successione *ab intestato* di colui, che l' è congiunto in un grado più lontano del terzo (i).

2) La madre, la quale sia divenuta erede *ab intestato* di un figlio insieme coi fratelli di quest'ultimo, passando a seconde nozze, perde la proprietà della sua porzione in favore de' coeredi, e serba per sè solamente l' usufrutto. Se la successione del figlio si apre dopo la celebrazione del secondo matrimonio, fin dal principio non le spetta che il solo usufrutto (k).

3) La madre *binuba* ha ancora più ristretta la facoltà di rivocare una donazione (l).

4) Da ultimo la donna che passa a seconde nozze perde la tutela de' proprii figliuoli, come ancora il diritto della loro educazione; e finalmente si applicano per lei le medesime pene della trasgressione dell'anno di lutto, quando rimaritandosi non chiede un altro tutore pe' proprii figliuoli, non ha dato i conti, nè ha adempito agli obblighi della tutela (m).

(g) L. 6. C. h. t. Nov. 22. c. 27. 28.

(h) Nov. 22. c. 41. — L. 6. §. 1. C. ad SC. Trebell. (6. 49.).

(i) L. 1. de his qui not. inf. (3. 2.); — ved. §. 24. not. (z). — Nov. 22. c. 22. 40.—Nov. 94. c. 2. — L. 4. C. ad SC. Tertull. (6. 56.).

(k) Nov. 22. c. 46. — confr. Nov. 2. c 3.

(l) L. 7. C. de revoc. don. (8. 56.). — Nov. 22. c. 35. §. 66.

(m) Nov. 22. c. 38. 40. — Nov. 94. c. 2. — L. 1. C. ubi dup. (5. 49.).

§. 116.

VI. Dello scioglimento del matrimonio.

1) Il matrimonio originandosi dall'*affectio maritalis* si può sciogliere involontariamente, e volontariamente. Esso si scioglie per motivo indipendente dall' umana volontà nei seguenti casi:

a) Per morte di uno dei coniugi; la conseguenza più importante per la moglie è il rispetto dell' anno di lutto (§. 115).

b) Per la prigionia di guerra, ma quando v' hanno prove tali che fanno credere impossibile il ritorno del prigioniero: così la moglie di costui allora poteva rimaritarsi con altri, quando aveva atteso invano per cinque anni (a); pure se il prigione tornasse, anche celebrato il secondo matrimonio, questo era considerato nullo (b).

2) Lo scioglimento può seguire volontariamente e piglia il nome di divorzio. Nell'antico diritto questo non era solo possibile, ma discendeva naturalmente dai principii. E di vero consistendo nell'*affectio maritalis* il matrimonio durava tanto per quanto permaneva l' *affectio* medesima, cosicchè la clausola *non licet divertere* in un atto matrimoniale, era affatto di nessun momento. Giustiniano circoscrisse in più angusti limiti la facoltà di sciogliere il matrimonio ad arbitrio delle parti (*divortium bona gratia*), determinando tassativamente i motivi che potevano dar diritto di chiederne lo scioglimento (c), quantunque Giustino con un' altra Novella introducesse di nuovo l' antico diritto (d). I motivi determinati da Giustiniano pel marito contro la moglie sono: il caso di adulterio; le insidie contro la vita; l' andare la moglie in bagno con altri uomini senza il consenso di lui; l' assentarsi dalla casa maritale contro la volontà del marito, e l'andare senza licenza ai giuochi publici (e). La moglie può domandare il divorzio: se il marito si fè reo di alto tradimento; se le tese insidie o tentò di farla cedere alle voglie di altri uomini; se falsamente l' accusò di adulterio; o se tiene una concubina (f).

3) Il divorzio non solo fu ristretto in questi limiti, ma produceа effetti importanti sul patrimonio dei coniugi che si sciolgono dal nodo matrimoniale. Una pena privata è inflitta a quel coniuge, che ha dato giusto motivo all' altro di chiedere il divorzio; ed in questa misura :

(a) L. 6. de divort. (24. 2.). — L. 12. §. 4. de captivis (49. 15.).
(b) Nov. 117. c. 11.
(c) Nov. 117. c. 10. — Nov. 134. c. 11.
(d) Nov. 140.
(e) Nov. 117. c. 9.
(f) Nov. 117. c. 9.

a) La donna colpevole perde in favore del marito quella dote che sarebbe spettata a lei dopo lo scioglimento naturale del matrimonio. Se poi non ha dote o non dev' essere a lei restituita, perde la quarta parte del suo patrimonio, sebbene questo quarto non potesse mai eccedere le 100 libbre di oro; ma se è convinta d' adulterio, la pena si eleva alla perdita di un terzo.

L' uomo che ha dato motivo alla moglie di chiedere il divorzio, perde in favore di essa la *donatio propter nuptias*, ed in mancanza di questa il quarto del suo patrimonio con la stessa limitazione che per la donna; come anche la pena per lui puossi elevare al terzo se accusò la moglie falsamente di adulterio, o se teneva a sè una concubina. Se vi sono figli di questo matrimonio, essi avranno la proprietà de' beni perduti dal colpevole, ed il coniuge innocente ne avrà l' usufrutto (g).

c) Oltre ciò ciascun coniuge perde pel divorzio tutti quei vantaggi patrimoniali che gli sarebbero pervenuti dallo scioglimento naturale del matrimonio per la morte; poichè si suppone che quello che un coniuge ha disposto in favore dell' altro per atto di ultima volontà, sia stato fatto nel caso che il matrimonio si sciogliesse per morte e non per divorzio (g).

APPENDICE VII.

Il diritto romano fin dai più antichi tempi ha riconosciuto sempre un solo matrimonio civile col nome di *iustum matrimonium*, *iustae nuptiae;* ma il suo carattere è stato differente secondo i diversi tempi. Dal principio si conosce sotto una doppia forma, cioè *matrimonium cum conventione in manum mariti*, e *sine conventione*, secondochè la donna dipendeva dalla potestà del marito o di colui che la esercitava su quest'ultimo, ovvero, *sine conventione*, restava nella sua famiglia naturale. Essenziale al matrimonio è l' unione personale della donna con l'uomo; ora poichè secondo i principii dell'antico diritto la donna a cagion del suo sesso avea mai sempre bisogno di guida e patrocinio, il matrimonio con la convenzione in *manum mariti* corrisponde esattamente alle idee di quel tempo. Ma quando si voleva che il matrimonio avesse per conseguenza la *manus*, faceva d'uopo celebrarlo in una forma solenne determinata dalle leggi.

Tre erano le forme di matrimonio da cui nasceva la dipendenza della donna dalla potestà del marito, ed erano la *confarreatio*, la *coemtio* e l'*usus*.

1) La *confarreatio* era la consacrazione del matrimonio per mezzo delle cerimonie ieratiche, durante le quali ambidue gli sposi mangiavano una focaccia di farro in presenza di dieci testimoni. Il matrimonio celebrato con questa solennità avea per iscopo di rendere i figli nascituri idonei all'esercizio di certe funzioni sacerdotali; onde essa era una forma tutta patrizia.

(g) Nov. 22. c. 1. 2. — Nov. 117. c. 8. 9.

(g) L. 62. §. 1. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.). — L. 49. §. 6. de legatis (32.). — L. 3. de auro (34. 2.), — confr. L. 11. §. 10. de donat. int. vir. et uxor. (24).

2) Era la *coemtio* una solennità simile alla compra per mancipazione; questa forma era comune anche ai plebei.

3) L'*usus* era un matrimonio celebrato mediante il possesso matrimoniale di un anno, come pel possesso delle cose mobili; tranne quando la donna per tre notti sussecutive *(trinoctium)* si assentava dall'abitazione del marito, perchè in questo caso il matrimonio restava senza la *manus mariti*.

Le conseguenze del matrimonio con la convenzione in *manum mariti* erano le seguenti. Sebbene la donna portasse l'onorifico nome di *materfamilias*, era nondimeno considerata *filiaefamilias loco*, donde naturalmente discende la più rigorosa dipendenza personale dal marito, alla giurisdizione del quale è sottomessa; e se mai questi fosse anche egli sottoposto alla patria potestà di un altro, la donna seguiva sempre lo stato di lui, ed era sottoposta alla potestà di colui che la esercitava sul proprio marito; in nessun caso restava indipendente. Essendo figlia di famiglia non poteva avere un patrimonio a sè.

Onde il marito succedeva *per universitatem*, ossia in proprietà di lui cadeva non solo tutto ciò che la donna portava seco nella nuova famiglia, ma quello ancora che essa avrebbe potuto mai acquistare. D'altra parte era necessario che come figlia di famiglia le si desse un perfetto e pieno diritto alla successione del marito; imperocchè in forza della *manus* ella avea perduto ogni legame di agnazione, e però ogni diritto di successione della sua famiglia naturale.

Nel matrimonio senza la convenzione in *manum mariti* la donna rimaneva nelle relazioni della sua famiglia, e quindi rimpetto al marito serbava la sua personale indipendenza; e se gli era sottomessa era questa una soggezione morale quale si conveniva al carattere del matrimonio determinato dal *ius gentium*. Per la qual cosa, se la donna era *alieni iuris*, rimaneva sotto la potestà di suo padre, mentre se era, *sui iuris*, ella custodiva la proprietà delle sue cose divise perfettamente da quelle del marito. Se non che dovendo menare vita comune era necessario stabilire una certa comunità di patrimonio: di qui la necessità degl'istituti giuridici conosciuti col nome di dote e *donatio* in quel tempo *ante nuptias*, i quali insieme formavano il patrimonio matrimoniale.

Le forme del matrimonio civile andarono a poco a poco sempre più perdendo d'importanza, ed il matrimonio per *usus* fu il primo a cadere come poco adatto alle nuove idee, che dal sesto secolo pigliavano vita in Roma; e quando il Romano uscì dall'angusta cerchia della sua famiglia e del suo municipio, le antiche forme vennero totalmente meno, e già al tempo degli imperatori sparì con esse la *conventio* in *manum mariti*. L'ultima a finire fu la *confarreatio* a causa della relazione che vi era tra questa forma di matrimonio ed alcuni istituti religiosi; ma si può asseverare che da Augusto e Tiberio in poi non rimase della *confarreatio* che la semplice forma senza che originasse più la *conventio in manum mariti*.

Sotto Augusto un plebiscito detto legge Giulia *de fundo dotali* determinò meglio lo stato patrimoniale de' coniugi oramai di persona indipendenti. La dote che poteva convenirsi nel matrimonio libero dell'antica *manus* era trasferita in piena proprietà del marito, che avea l'obbligo di sopportare i carichi del matrimonio; quindi egli poteva esercitare un impero assoluto su quei beni, ed alienarli, se voleva; ma la legge Giulia restrinse il diritto di proprietà del marito, proibendo l'alienazione del fondo dotale, e stabilendo ch'era interesse publico di serbare la dote alla moglie per un secondo matrimonio. Il qual principio messo avanti da quella leg-

ge per disegno politico, fu poscia a gran misura fruttuoso nella giureprudenza romana: perocchè sovr'esso lavorando, si giunse da ultimo ad affermare la moglie proprietaria dei beni dotali anche durante il matrimonio, come si vede nella riforma novissima.

CAPITOLO II.

DELLA PATRIA POTESTÀ.

§. 117.

I. Carattere generale della patria potestà.

Questa potestà che nell'antico diritto voleva dire potenza illimitata del padre sopra il proprio figliuolo, contenendo anche il diritto di alienazione ed il *ius vitae et necis*, nel diritto ultimo in ciò che riguarda le relazioni personali tra padre e figlio, tuttora si distingue per alcune determinazioni morali e giuridiche che nel complesso formano l'istituto, come oggi s'intende, della patria potestà. In forza del quale istituto il padre non più illimitatamente come prima, ma condizionalmente ha il diritto della educazione ed una autorità disciplinare sopra il proprio figliuolo (a); può *propter nimiam paupertatem* vendere il figlio appena nato ancora *sanguinolentum;* ha diritto di dare il consenso pel matrimonio del figlio; di nominare il tutore, e d'istituire un erede pel figliuolo impubere (b).

La patria potestà ha pure una grande importanza sul patrimonio, ed in questo rapporto si fa manifesto il principal carattere giuridico di questa relazione di famiglia.

Infine il padre può far valere il diritto della sua potestà contro ogni terzo, che contraddica al suo esercizio, e lo fa valere per mezzo di vindicazione o coll'interdetto *de liberis exhibendis*, o con l'*interdictum de liberis ducendis*. Egli potrà usare del suo diritto contro il figlio stesso il quale pretenda di essere *sui iuris*, e qui egli fa uso di un'azione pregiudiziale appellata comunemente *actio de patria potestate;* mentre dall'altra parte colui che vuol difendere il suo stato come *paterfamilias* ha per sè un'*actio de patria potestate negativa*, o *actio de statu familiae* (c). In questa lite il padre come attore ha l'obbligo di provare l'origine della sua patria potestà, come p. e. la legittima nascita del figliuolo; all'opposto la parte contraria, ha l'obbligo di provare l'estinzione della potestà medesima, a che può servire il fatto che il padre lo lasciò vivere di vita indipendente (d).

(a) L. 3. §. 5. de liberis exhibendis (43. 30.). — L. 3. 4. 10. C. de patr. pot. (8. 47.).

(b) L. 2. C. de patr. qui fil. distr. (4. 43.). — L. 2. de ritu nupt. (23. 2). — L. 1. de test. tut. (26. 2.). — L. 2. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(c) L. 1. §. 2. de rei vind. (6. 1.).

(d) L. 8. de probat, (22. 3.). — L. 1. C. de patr. potest. (8. 47.).

§. 118.

II. Relazioni tra padre e figli riguardo al patrimonio.

T. C. de donat. inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis (5. 16).

I figliuoli messi sotto la potestà del loro padre formano con lui nei casi determinati dalla legge una *unitas personarum*. Secondo il diritto romano antico il figlio di famiglia per virtù di questa unità personale, allora di un valore assoluto, non era idoneo ad avere patrimonio; tutto quello che egli acquistava, era *ipso iure* acquistato dal padre. Il figlio di famiglia da questo lato era simile allo schiavo, con la sola differenza che quegli poteva contrarre obbligazioni civili, laddove ciò non era possibile per quest' ultimo.

1) Poteva il padre solamente concedere al figliuolo, come il padrone allo schiavo, una parte del suo patrimonio in separata amministrazione *(peculium)*, sebbene questo peculio non uscisse mai dalla proprietà del padre, anzi continuasse ad esserne come sempre parte integrante.

2) Una modificazione a questa regola fu apportata dalle costituzioni imperiali, per quei beni che il figlio di famiglia acquistava pel servizio militare. Questi beni eran detti *peculium castrense*, al quale fu equiparato un altro detto *peculium quasi castrense;* rispetto ai quali il figlio di famiglia è considerato come *paterfamilias*. Un altro simile temperamento al diritto antico fu messo da Costantino pe' beni materni, dagli altri imperatori per alcuni altri acquisti (*bona materni generis*), e finalmente da Giustiniano per tutto ciò che il figlio di famiglia acquistava d'altronde che dal padre. Su'quali acquisti fu riconosciuto per lui il diritto di proprietà, e ne fu dato al padre solamente l' usufrutto e l' amministrazione.

3) Da ciò risulta essere nel diritto romano novissimo fondata questa massima: tutto ciò che il figlio di famiglia acquista dal padre, è, e rimane sempre nella proprietà di questo: e però nulle sono le donazioni tra padre e figlio, sebbene possano divenir valide dopo la morte del primo (a): ma ciò che il figlio acquista da tutt' altra parte, è suo proprio: quantunque l' amministrazione e l' usufrutto ne ricada al padre.

4) Queste profonde modificazioni cambiarono, non v' ha dubbio ,

---

(a) L. 1. §. 1. pro don. (41. 6.). *Paul.* Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat filius, pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit. — L. 18. pr. C. fam. ercis. (3. 36.). *Dioclet.* et *Maxim.* Filiae, cuius pater nomine res comparavit, si non postea contrarium iudicium probetur, per arbitrium dividendae hereditatis praecipuas adiudicari, saepe rescriptum est.

grandemente lo stato del figlio di famiglia, ma la massima che non vi può esser negozio giuridico tra padre e figlio è ancora sostanzialmente mantenuta nella legislazione di Giustiniano. Se al figlio fu dato un peculio, possono sopr'esso sorgere rapporti obbligatorii tra padre e figlio, ma questi daranno origine solamente ad obbligazioni naturali (b); le quali hanno piena efficacia durante la patria potestà solamente rimpetto a terze persone, e tra padre e figlio dopo cessata quella potestà (c).

5) Neanche pei beni avventizii lo stato del figlio di famiglia è cambiato, talchè egli è sempre in perfetta dipendenza da suo padre, come se non avesse patrimonio. Se il padre gli lascia il godimento di cotesti beni, si reputa come se avesse dato a suo figlio qualche cosa del proprio; e morto il genitore, o terminata in modo qual si sia la patria potestà, purch' egli non abbia prima rivocata la sua concessione, o disposto altrimenti dei frutti, il figlio li lucra senz'altro come donazione irrevocabile (d).

6) Perfette sono le relazioni civili tra padre e figlio sopra il peculio castrense e quasi castrense, poichè da questo lato il figlio è considerato come padre di famiglia (e).

7) Il legame di patria potestà fa nascere pel figlio il diritto di rappresentare il padre, e principalmente il diritto di *suità* o di legittima discendenza, in quanto che il figlio ha diritto dopo la morte del padre di succedergli *ipso iure* senza bisogno di accettazione dell'eredità.

(b) §. 6. Iust. de inut. stipul. (3. 19.). Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui tuo iure subiectus est, vel si is a te stipuletur. — L. 2. pr. de contrah. emt. (18. 1.). *Ulp.* Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed de rebus castrensibus potest.— L. 4. de Iudiciis (5. 1.). *Gai.* Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestatem habemus, nisi ex castrensi peculio. — L. 7. de O. et A. (44. 7.). — L. 3. §. 7. — L. 11. §. 2.— L. 52. 56. de pecul. (15. 1.).

(c) L. 10. §. 2. de fidei. et mand. (46. 1.). *Ulp.* Filiusfamilias pro parte poterit fideiubere, nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, deinde, quod et dum in potestate manet condemnari potest.— L. 56. §. 1. de fideiuss. (46. 1.). — L. 38. §. 1. de condict. ind. (12. 6.).

(d) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

(e) Ved. not. (b). — L. 42. §. 3. de acquir. hered. (29. 2.). — L. 15. §. 1. 2. de cast. pecul. (49. 17.).

A. Dei peculii.

§. 119.

1) Del peculio profettizio.

T. D. de peculio (15. 1.).

1) Quella parte di patrimonio, che dal padre è data al figlio di famiglia, e che in certa guisa forma un patrimonio distinto dal paterno, chiamasi peculio nello stretto significato di questa parola, o peculio profettizio: e perchè fosse legalmente costituito è necessaria la concessione, sia anche tacita del padre, e la separazione perfetta dal suo patrimonio (a). Oltre alla parte del patrimonio data dal padre, appartiene ancora al peculio profettizio tutto quello che a cagion di esso acquista il figlio di famiglia, e quello ancora che da un terzo gli vien dato a questo scopo (b).

2) Il figlio di famiglia ne ha solamente la proprietà di fatto e non quella di diritto, o per meglio dire, la sola amministrazione; il padre ne ha la vera proprietà e l'usufrutto, e potrà riprender a suo arbitrio le cose componenti il peculio (c). Quindi morto il figlio di famiglia non si potrà far parola di successione, ma il peculio finisce, confondendosi nel patrimonio, e ricadendo sotto l'amministrazione del padre; similmente se questi venisse a morire, il peculio, quantunque amministrato dal figlio, farà parte integrale della massa ereditaria paterna; ma per contrario, se nell' atto dell' emancipazione il padre non abbia ritirato il peculio, questo rimane in proprietà perfetta del figlio (d).

(a) L. 4. pr. §. 2. h. t. *Pomp.* Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem discernens; nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.... §. 2. Ex his apparet, non quid servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quid volente; alioquin et quod surripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum. — L. 7. §. 1-3. h. t. — L. 8. eod. *Paul.* Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit, aut cum apud eum esset, pro tradito habuit; desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simul atque noluit, peculium servi, desinit peculium esse.

(b) L. 1. §. 5. — L. 4. de acqu. possess. (41. 2.). *Paul.* Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est; et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. — L. 40. h. t. (15. 1.).

(c) L. 7. §. 13. — L. 46. 48. — L. 8. h. t.

(d) L. 38. de cond. indeb. (12. 6.), — L. 31. §. 2. de donat. (39. 5.), — L. 17. C. de donat. (8. 54.). — L. 53. h. t. *Paul.* Si Sticho peculium, quum manumitteretur, ademtum non est, videtur concessum; debitores autem convenire, nisi mandatis sibi actionibus, non potest. — Nov. 81. c. 1.

Con la facoltà data al figlio di amministrare va congiunta quella di contrarre co' terzi legami obbligatorii, pigliare provvedimenti, e fare novazioni; e, se gli fu concessa piena amministrazione, la facoltà pure di alienare (e).

3) Da un altro aspetto il peculio profettizio può essere riguardato come se fosse di proprietà del figlio; giacchè se questi contrae debiti, il padre è obbligato a soddisfare i creditori sino alla somma del peculio; inoltre per costituzione di Claudio fu stabilito, che qualora i beni del padre vengano sequestrati dal fisco per debiti, quella parte, che forma il peculio profettizio, resta sicura in proprietà del figlio (f).

§. 120.

2) Del peculio castrense e quasi castrense.

T. D. de castrensi peculio (49.17.).— C. de castrensi peculio militum et praefectianorum. (12. 37.). — C. de castrensi omnium palatinorum peculio (12. 31.).

I. Tutto quello che il figliuolo di famiglia riceve dal padre, dai parenti e dagli amici quando imprende la carriera militare, ed anche tutto quello che egli stesso guadagna nel corso della milizia, come il soldo, il bottino e simiglianti, chiamasi peculio castrense (a).

1) Specificatamente formano questo peculio:

a) le cose mobili donategli da'congiunti e dagli amici al primo entrare in campo (b);

b) ciò che acquista da coloro, coi quali a causa della milizia è in relazione, sia che l' acquisti per atto tra vivi, sia per ultima disposizione di volontà (c). Se il testatore è un parente, l' eredità lasciata al soldato sarà acquistata *occasione militiae*, sol quando entrambi stieno sotto le armi, e il testamento sia fatto *post commilitium* (d);

(e) L. 34. pr. de nov. (46. 2.). *Gai*. Dubitari non debet, quin filius servusque, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculiaria debita ius habeat; utique si ipsi stipulentur, maxime si etiam meliorem suam conditionem eo modo faciunt. Nam si alium iubeant stipulari, interest, utrum donandi animo alium iubeant stipulari, an ut ipsi filio servove negotium gerat; quo nomine etiam mandati actio peculio acquiritur.

(f) L. 3. §. 4. in f. de min. (4. 4.). *Ulp*... Aliquo casu ad filium peculium spectet, utputa si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt; nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur. — L. 1. §. 4. quando de pecul. (15. 2.).

(a) L. 11. h. t. *Macer*. Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium eius castrense non est. — L. 1. C. h. t. (12. 37). — L. 3. 4. pr. 6. h. t. — L. 4. C. famil. erc. (3. 36.).

(b) L. 3. §. 4. de don. inter. vir. et uxor. (24. 1.). *Ulp*. Secundum haec, si mater filio, qui in patris potestate est, donet, nullius momenti erit donatio, quia patri quaeritur; sed si in castrense eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quaeritur, et est castrensis peculii; quare et si filius, vel privignus, vel quivis alius potestati mariti subiectus de castrensi suo peculio donavit, non erit irrita donatio. — L. 6. 11. h. t. — L. 4. C. fam. ercisc. (3. 36.).

c) l' eredità che la moglie lascia al soldato: la quale Adriano con un suo rescritto fece entrare nelle cose castrensi.

2) L' immenso divario che distingue questo dagli altri peculii è, che in quanto concerne questi beni il figlio di famiglia, sia rispetto a' terzi, sia allo stesso padre, è considerato qual padre famiglia. Da ciò segue ch' egli ha piena facoltà di amministrare, di disporre, di contrarre vincoli obbligatorii senza che potesse valere l'eccezione del SC. Macedoniano; e finalmente di disporne anche per atto di ultima volontà (e).

3) Pure nel diritto classico per singolarità il peculio castrense era considerato come profettizio, quando il figlio di famiglia moriva senza aver disposto nulla di quel suo peculio; questo cadeva al padre *iure peculii* quasi fosse profettizio. Giustiniano tolse questo diritto speciale del padre, lasciandogli il solo diritto di ereditarlo *iure comuni*, ossia nel caso che il figlio di famiglia non lasciasse nè discendenti, nè collaterali (f).

II. Al peculio castrense fu pareggiato l' altro *quasi castrense*, e consiste in quei beni che il figlio di famiglia acquista come assessore e per qualunque altro pubblico ufficio (g); ovvero in quello che guadagna per propria attività come nell'avvocheria e nel sacerdozio: e finalmente in ciò che ha dalla generosità dell' imperatore e dell' imperatrice (h).

(c) L. 5. 8. h. t. *Ulp*. Miles filiusfamilias a commilitone, vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret. — L. 1. 4. C. h. t. (12. 37.).

(d) L. 16. §. 1. L. 19. h. t. *Papin*. Hereditatem castrensi peculio non videri quaesitam respondi, quam frater patruelis in alia provincia, stipendia merens fratri patrueli, cum quo nunquam militavit, reliquit; sanguinis etenim ratio, non militiae causa meritum hereditatis accipiendae praebuerat. — L. 4. C. eod.

(e) Pr. Inst. quib. non permit. fac. test. (2. 12.). Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo, quidem, ut quamvis parentes iis permiserint, nihilomagis iure testari possint; exceptis iis, quos ante enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere: quod quidem ius initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. — L. 1. in fin. C. h. t. (12. 37.). — L. 2. de S. C. Maced. 14. 6.). — L. 4. §. 1. L. 5. 15. §. 1-4. h. t. *Papin*. Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa non tenebitur. §. 2. Si pater a filio stipulatur eadem distinctio servabitur. — L. 19. §. 2. eod. — L. 2. 3. C. h. t. — L. 4. de iud. (5. 11.). *Gai*. Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio. — L. 2. pr. de cont. emt. (18. 1.).

(f) L. 2. h. t. Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur, si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium. — pr. Inst. quib. non est. perm. fac. test. (2. 12.). . . . Itaque, si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. — confr. Nov. 118. c. 2.

§. 121.

3) Del peculio avventizio regolare ed irregolare.

T. C. de bonis maternis et materni generis (6. 60.); — de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel aliis acquiruntur et eorum administratione (6. 61.).— *Scip. Gentilis*, Liber de bonis maternis et adventitiis, op. omn. tom. II.— *Marezoll*, Revisione del così detto peculio avventizio, Giornale di Giessen. VIII. pag. 58. ss.— *Lauterbach*, De usufructu paterno in diss. acad. tom. III. N.° 140.

I. Ogni acquisto del figlio di famiglia, il quale non procede *ex substantia patris*, e non appartiene al peculio castrense, nè al quasi castrense, è un peculio avventizio regolare (1). Su questi beni il figlio di famiglia ha la nuda proprietà, mentre il padre in virtù della patria potestà ne ha l' amministrazione e l'usufrutto (a). Tale amministrazione è piena, e però

(g) L. 7. C. de assess. (1. 51.). — L. 37. C. de inoff. test. (3. 28.). *Iust.* . . . . In castrensibus etenim peculiis introducta est et alia subdivisio, et peculii triplex invenitur causa. Vel enim paganum est peculium, vel castrense, vel quod medietatem inter utrumque obtinet, quod quasi castrense nuncupatur. In tali igitur peculio, quod quasi castrense appellatur, quibusdam personis licentia conceditur condere quidem testamenta, sed non quasi militibus, quo voluerint modo, sed communi, et licito, et consueto ordine observando, quemadmodum constitutum fuerat in consulibus et praefectis legionum et praesidibus provinciarum et omnibus generaliter, qui in diversis dignitatibus vel administrationibus positis a nostra consequuntur manu, vel ex publicis salariis quosdam largitates. — L. 6. C. h. t. (12. 37.).

(h) L. un. C. h. t. (12. 31.). — L. 4. C. de advoc. (2. 7.). — L. 34. C. de episcop. et cler. (1. 3.). — Nov. 123. c. 19. — L. 7. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

(a) L. 1. 2. h. C. h. t. (6. 60.). — L. 4. 6. pr. — L. 6. pr. C. de bon. quae lib. (6. 61.). *Iust.* Cum oportet similem providentiam tam patribus quam liberis deferri, invenimus autem in veteris iuris observatione multas esse res, quae extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, et minime patribus acquiruntur, quemadmodum in maternis bonis, vel quae ex maritali lucro ad eos pervenerint, ita et in his, quae ex aliis causis filiisfamilias acquiruntur, certam introducimus definitionem. Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat, et eorum usufructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiisfamilias acquisitarum rerum. Sic etenim et parenti nihil derogabitur, usumfructum rerum possidenti, et filii non lugebunt, quae ex suis laboribus sibi possessa sunt, ad alios trasferenda adspicientes, vel ad extraneos vel ad fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur; exceptis castrensibus peculiis, quorum nec usumfructum patrem vel avum vel proavum habere veteres leges concedunt; in his etenim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus, eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt. — L. 8. pr. eod.

il padre non è obbligato a prestare cauzione, nè per tutto il tempo che dura il diritto può essere costretto a rendere i conti o a rispondere di nulla (b): nondimeno, avendo egli l'usufrutto, è obbligato agli obblighi di qualunque usufruttuario (c). Con la piena amministrazione egli non ha però la facoltà di alienare gli oggetti del peculio, salvo se vi fosse necessità imperiosa, o se le cose alienate fossero di quelle, che conservandole andassero irreparabilmente a perdersi (d). Qualunque alienazione fatta dal padre è dunque di nessun momento, ed il figlio di famiglia potrà sempre rivendicare le cose alienate dopo cessata la patria potestà; da questo punto solamente comincia a prescriversi l'azione che gli compete (e).

Il figlio non ha sopra i beni avventizii nessun diritto oltre alla nuda proprietà, e, finchè la potestà patria dura, gli è negato anche il diritto di poterne disporre per ultima volontà, benchè dall'altra parte è chiamato a dare il suo assenso per una lite sulle cose avventizie (f).

Se al figlio di famiglia sia deferita un'eredità, questa delazione avrà sua piena efficacia, quando l'eredità sarà accettata dal padre e dal figlio; se al contrario è rifiutata dal padre, potrà il figlio acquistarla, negando naturalmente al padre i diritti che nascono dalla patria potestà, che sono l'amministrazione e l'usufrutto; se poi è rifiutata dal figlio, potrà essere acquistata dal padre in pieno diritto con la medesima efficacia, come se secondo l'antico diritto fosse stata acquistata dal figlio per suo comando (g) (2).

II. L'eredità acquistata contro la volontà del padre, i beni di un altro figlio di famiglia ereditati insieme con lui, e finalmente qualunque lascito o donazione fatta al figlio a condizione che il padre non abbia nessuno o solo alcuni dei diritti che vengono dalla patria potestà, sono eccettuati dal regolare peculio avventizio, per ciò appunto che non si originano sopr'essi i diritti sopraccennati, ed il loro insieme si nomina peculio avventizio irregolare o straordinario (h).

Rispetto a questi beni il figlio di famiglia non vale certamente come padre di famiglia, non avendo facoltà di disporne per atto di ultima volontà; ma pure essi vengono riguardati come sua libera proprietà, ed egli può pretenderne l'amministrazione (i).

(h) L. 6. §. 2. — L. 8. C. eod.
(c) L. 1. C. h. t. (6. 60.).
(d) L. 1. C. cit. — L. 8. §. 4. 5. C. h. t. (6. 61.).
(e) Nov. 22. c. 24. — L. 1. §. 2. C. de ann. except. (7. 40.).
(f) L. 8. §. 3. 5. h. t. (6. 61.).
(g) L. 8. pr. §. 1. C. (6. 61.).
(h) L. 8. pr. §. 1. 2. C. h. t. (6. 61.). — Nov. 118. c. 1. 2. — Nov. 117. c. 1.
(i) Nov. 117. c. 1. §. 1. — L. 8. pr. C. h. t. (6. 61.).

ANNOTAZIONI

(1) Ha qualche Scrittore asserito che il peculio avventizio regolare sia formato di quei beni che non appartengono al peculio profettizio, castrense, e quasi castrense. Questa definizione negativa è troppo ampia, e ci porterebbe a comprendere nel peculio avventizio regolare anche i lucri nuziali, che il marito perde in favore dei figli a causa di un secondo matrimonio o del divorzio; questi beni al contrario devono essere del tutto separati da quelli che possono formare un tale peculio. L'errore di comprendervi anche questi beni è nato dalla casuale similitudine ch'essi hanno con quel peculio, in quanto che la proprietà cade ai figli, e l'usufrutto ne rimane al padre ; ma qualora ben si ponderino le parole della legge 6. C. h. t. (6. 61.), si vedrà che non può essere giustificata quella definizione; la proprietà dei lucri nuziali spettante ai figli debbesi ritenere in certo modo come proprietà libera, quasi non fossero quei figli sotto la patria potestà. Non dovendo adunque questi beni far parte del peculio avventizio, ne deriva la conseguenza, che non si potranno applicare ad essi le medesime e particolari regole del peculio: e specialmente cessando la patria potestà, termina il diritto che è dato al padre sul peculio avventizio suddetto, ma non termina quello che ha sui lucri nuziali, di cui ha perduta la proprietà in favore dei figli: così dandosi il figlio in adozione, i diritti di patria potestà sul peculio avventizio passano al padre adottante, ma restano di pieno diritto al padre naturale quei che gli vengono dai perduti lucri nuziali.

Si è preteso ancora che quando altri dà alcuna cosa al figlio di famiglia per riguardo al padre o col consenso di questo, quel che è dato entra nel peculio profettizio, ed a sostegno di questa opinione adducono molti passi tratti dalle Pandette. Queste leggi però qui non valgono per nulla: dappoichè esse decidono che quando il servo acquista qualche cosa *contemplatione domini*, acquista pel padrone, ancorchè egli stia in usufrutto presso un terzo (k). Come si vede, da questi passi non si può cavare nessuna regola pel caso nostro.

Lo stesso conto è da fare del §. 1. Inst. per *quas personas* (2. 9.), poichè quand'anche in questo luogo le parole *quod ex patris occasione profectum est* vogliano significare il peculio profettizio, esse indicano lo stesso, che le parole *ex re patris*, come prova la frase *ad patrem reverti*. Quando poi si consideri bene la definizione che dà Giustiniano nella legge 6. C. h. t. (6. 61.) not. (a), la quale corrisponde perfettamente a quello che il terzo può dare *occasione patris*, si vedrà che trattasi di peculio avventizio regolare.

(2) Controverso è ancora quando cessi l'usufrutto del padre sul peculio avventizio. La regola generale da tutti accettata è questa: poichè l'usufrutto sul peculio avventizio prende capo dal diritto di patria potestà, non appena in qualunque maniera cessa cotesta potestà, il diritto dell'usufrutto non avrà più ragion di essere.

A questo principio si fa eccezione quando la patria potestà termina per emancipazione, giacchè il padre ritiene la metà dell'usufrutto del peculio avventizio qual

---

(k) L. 21. 22. de usufr. (7. 1.). *Ulp*. . . . . Et in omnibus istis, si quidem contemplatione fructuarii aliquid ei (servo legato) relictum vel donatum est, ipsi acquiret; sin vero proprietarii, proprietario; si ipsius servi, acquiretur domino. — L. 19. §. 1. de pecul. (15. 1.). — L. 45. §. 4. de acq. vel amit. hered. (29. 2.).

praemium emancipationis (l), invece della terza parte, che il padre riteneva in pieno dominio secondo la costituzione di Costantino.

Così quando il figlio di famiglia muore lasciando eredi tali, che mettono il padre fuori dell'eredità, gli si concede in compenso di godere l'usufrutto vita durante (m). Ma quel principio generale si dovrà accettare nel caso di una *plena adoptio*, poichè anche qui i diritti che nascono dalla patria potestà passano al padre adottivo come colui che acquista la detta potestà. Ciò è stato contrastato in questi ultimi tempi da molti giuristi, i quali pretendono che i diritti sul peculio avventizio restino in tal caso presso del padre naturale e non passino all'adottivo (n).

Abbiamo ragione di credere che simile opinione sia erronea. Certo è che essa manca di legale autorità, e basta enunciare i principii di questa dottrina per vedervi chiaro. L'usufrutto dato al padre di famiglia ha per unica e sola origine la patria potestà, mancando la quale, quel diritto non si potrebbe giustificare; è vero che nelle eccezioni preallegate dura tutto l'usufrutto o parte, ancora quando la patria potestà è cessata: ma giusto perchè sono eccezioni, non sono ricavate dal principio generale, ed è stata necessaria una speciale determinazione, che pel caso nostro manca del tutto nelle leggi. Secondo il principio generale non è quella opinione giustificabile, e non è una eccezione, perchè avrebbe dovuto esser dichiarato dal legislatore; essa manca adunque di valido fondamento. Affatto insufficiente è l'argomento addotto per sostenerla. Nel diritto antico, essi dicono, quando il padre in virtù della patria potestà diveniva proprietario dei beni così detti avventizii, di questa proprietà non poteva ammettersi trasmissione al padre adottivo; ora avendo l'usufrutto oggi preso il posto del diritto di proprietà, devesi accettare la medesima conseguenza. Giusta questo principio si dovrebbe, per essere logici, accettare che l' usufrutto, come il primitivo diritto di proprietà, a cui è succeduto, non cessasse mai per qualsisia estinzione della patria potestà, il che è assurdo; dippiù in questo argomento si è totalmente confusa la natura della proprietà con l'usufrutto; la prima è acquistata una volta per sempre, mentre l'acquisto dell'usufrutto si riproduce in ciascun momento « USUSFRUCTUS *quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore,* « *quo vindicatur* (o) ».

Non hanno mancato pure di mettere innanzi la durata a vita dell' usufrutto, aggiungendo che la trasmissione di esso è incompatibile con la qualità della servitù, ch' è personale; si risponde facilmente che qui non si tratta del trasferimento dell' usufrutto, chè anzi l' usufrutto esistente in virtù della patria potestà termina con questa, e sorge per contrario un novello usufrutto legale pel padre adottivo.

(l) L. 6. §. 3. C. h. t. (6. 61.). *Inst.* Quum autem Constantiniana lege cautum erat, si filiifamilias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patrem tertiam partem bonorum, quae acquiri non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur, sancimus, huiusmodi casu interveniente et emancipatione liberis imposita, non tertiam partem dominii rerum minime acquisitarum, sed dimidiam usufructus apud maiores, qui emancipationem donant, residere; exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo peculiis, quibus nihil nec ex hac causa diminuitur.—§. 2. Inst. per quas pers (2. 9.).

(m) L. 3. 4. 6. §. 1. C. h. t. (6. 61.). — Nov. 118. c. 1.

(n) *Wening-Ingenheim.* Giorn. di Giessen I. 17.—*Marezoll*, o. c. pag. 312.

(o) L. 1. §. 3. de usufr. accresc. (7. 2.).

§. 122.

B. Delle relazioni del padre e del figlio riguardo ai terzi.

T. Inst. quod cum eo contractum est (4.7.).—T. D. quod cum eo qui in aliena potestate est (14. 5.). — C. h. t. (4. 26.).

1) Il figlio di famiglia può perfettamente obbligarsi verso i terzi come un padre di famiglia, sia che le obbligazioni nascono da contratti, sia che emergono da delitti; soltanto, se egli è impubere, non lo potrà validamente, neppure quando il padre vi abbia interposta la sua autorità (a).

Sebbene il figlio di famiglia si sia legalmente obbligato, l'esecuzione di una sentenza contro di lui può avere efficacia sol quando ha un peculio castrense, quasi castrense, od un peculio avventizio irregolare; e, se è convenuto dopo terminata la patria potestà, ha il *beneficium competentiae* (§. 96.).

Quando egli contrae obbligazioni e sopra il peculio militare e fuori di esso, tanto i creditori su quel peculio, quanto gli altri hanno egual diritto: ma nondimeno coloro che contrassero col figlio di famiglia prima che addivenisse militare, devono essere posposti agli altri creditori; e se un creditore può produrre contro il padre un'*actio de in rem verso*, si potrà pretendere ch' egli non tocchi il peculio castrense (b).

2) Per le obbligazioni del figlio di famiglia il padre non può essere in nessun modo tenuto, salvo tre casi, nei quali può restare obbligato pel figlio o in tutto il montare dell' obbligazione (*in solidum*), o limitatamente: i casi sono: 1) quando il figlio si stringe in legami giuridici per comando di lui; 2) quando da lui fu dato un peculio profettizio; o veramente fu assegnata una parte de' proprii beni per un' impresa commerciale; 3) finalmente quando l' obbligazione fu rivolta in vantaggio di lui. Per tali ragioni il creditore del figlio potrà produrre le sue azioni contro

---

(a) L. 141. §. 2. de V. O. (45. 1.). *Gai.* Pupillus licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur; pubes vero, qui in potestate est, proinde, ac si paterfamilias, obligari solet.— L. 57. pr. de Iud. (5. 1.). *Ulp.* Tam ex contractibus, quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio. — L. 39. de O. et A. (44. 7.).

(b) L. 1. §. 9. de separat. (42. 6.). *Ulp.* Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus. Simul ergo admittentur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari; quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, quum possit potius cum patre experiri.

il padre; le quali allora pigliano nome ciascuna dal motivo che la origina: così *actio quod iussu, de peculio, actio tributoria* e *de in rem verso.*

3) In quanto alle obbligazioni che vengono da delitti, il padre non può per nulla esservi tenuto, ed il figlio sarà condannato non altrimenti che come sarebbe un padre di famiglia.

§. 123.

1) Dell' azione quod iussu.

T. D. quod iussu (15. 4.).

L' azione *quod iussu* nasce quando il figlio di famiglia contrae rapporti di obbligazione co' terzi per volontà del padre. È d' avvertire che per *iussus* in questo luogo non bisogna comprendere il comando strettamente preso, ma è sufficiente un accordo tra il padre ed il terzo per dare origine a questa azione (a).

Essa spetta al terzo creditore, ed è prodotta contro il padre per tutta la somma dell' obbligazione; poichè si reputa come se il terzo fosse entrato in obbligazione diretta col padre. Quest' azione però non è diretta ma utile, perchè il terzo aveva l' azione nascente dalla natura del contratto conchiuso, contro il figlio di famiglia; è dunque per la sola finzione che egli abbia contrattato col padre, che gli è data sotto questo nome la medesima azione che deriva dalla contratta obbligazione.

ANNOTAZIONE

Sul *iussus*, che dà origine a quest' azione, i giuristi non sono di accordo.

1) È controverso se il comando o l'assenso del padre di famiglia debba essere indirizzato al figlio o al terzo contraente.

Tre opinioni si sono tenute: la prima, seguita dagli antichi, mantiene che l'assenso dev' esser dato proprio al figlio, perchè si possa dir nata l' azione *quod iussu;* l' altra, sostenuta principalmente dal *Thibaut* (b) la reputa fondata in ambidue i casi, e finalmente due giuristi moderni *Kritz* o *Schmid* (c) accordano l' azione solamente, quando il padre, dando l'assenso, si sia diretto in special modo a chi contrae col figlio. Basta considerare per poco i fonti per accettare pienamente l'opinione del *Thibaut;* l'ultima è affatto insussistente. E di vero lo stesso nome dell'azione pruova che essa fu introdotta nel caso che il padrone od il padre avesse ingiunto allo schiavo o al figlio di conchiudere un affare, poichè solamente nella relazione di potestà può essere giustificato il vocabolo *iussus*. Ciò ha testimonianza nei fonti, specialmente quando si considerino bene le parole del Pretore nella legge 2. *Quod cum eo* (14. 5). « sive sua voluntate sive *iussu eius*, in *cuius potestate erit*, contraxerit ». Similmente nelle parole della legge 1. §. 2. h. t. si dovrà supporre necessariamente un comando dato al figlio, poichè con questa sola condizione può il terzo contraente aver diritto che gli sia fatta nota la rivocazione del comando: e qui le parole *quod iussu* non si rapportano solo all' unico esempio detto innanzi da Ulpiano, ma anche al *iussu patris*. Come ancora sembra indubitato che l'*actio quod iussu* sia fondata anche quando il padre col suo assenso si dirigesse alla persona del terzo contraente (d); giacchè in questo caso, esprimendo la volontà sua, che il figlio conchiudesse un determinato affare, vi è, se non un diretto, almeno un indiretto *iussus patris*.

(a) §. 1. 8. in f. Inst. quod cum eo (4. 7.). — L. 1. pr. §. 6. h. t. *Ulp.* Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.

(b) *Thibaut*, Archivio per la procedura civile, XII. N. 10.

(c) *Kritz*, Diritto della Pandette I. pag. 465. — *Schmid.* Archivio civile, XXIX. pag. 111.

2) Egualmente controverso è, se l'affare conchiuso dal figlio debba essere nell' interesse proprio di lui o del padre per dar fondamento alla nostra azione. Anche qui tre opinioni si elevano. Alcuni tengono che l'affare debba essere conchiuso nell'interesse del figlio (e); altri non mettono nessuna distinzione; altri finalmente opinano che debba giovare all' interesse del padre (f). Sembra più esatta l'ultima opinione: di ciò non solo molti passi ci fanno certi, ma la leg. 1. §. 5. riportata non potrebbe esser convenientemente chiarita che con questa condizione (g).

A sostegno della prima opinione si cita la legge 5 *pr. quod iussu*, ma con poca giustezza; imperocchè quivi non si nega l'*actio quod iussu*, perchè l'affare era conchiuso nell' interesse del padre; ma perchè il solo padre l' ha conchiuso, e contro lui si debbono produrre le azioni dirette, nè contro il figlio alcuna azione è valida (h). Dall' altra parte sebbene dal concetto generale di molte leggi si potrebbe ricavare l' esattezza della seconda opinione, come fa il *Thibaut* (i), pure è da ricordare che al tempo in cui furono scritte quelle leggi il figlio di famiglia non aveva nulla di proprio, e però ogni affare si doveva assolutamente ritenere conchiuso nell'interesse del padre, eccetto quando il figlio avesse un peculio castrense. Ritenendosi come esatta l' opinione che l' affare conchiuso dev' essere nell' interesse del padre, ne deriva che l' *actio quod iussu* è di nessun momento, quando il figlio di famiglia compisse anche col consenso del padre un affare, che avvantaggiasse solo il suo proprio patrimonio, come sarebbe il suo peculio castrense o il peculio avventizio irregolare.

(d) L. 1. §. 1. h. t. *Ulp.* Iussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit, sive generaliter. Et ideo et sic contestatus sit: quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo, videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid probibet. — L. 13. C. quod cum eo (4. 26.).

(e) *Glück*, XIV. pag. 425. — *Schmid*, Delle azioni ed eccezioni §. 141.

(f) *Thibaut*, l. c.

(g) L. 1. §. 5. eod. *Ulp.* Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu, quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere. Denique idem scribit, et si inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari, quasi iusserit, quae sententia verior est.—L. 5. §. 2. de in rem verso (15, 3.).— L. 1. §. 1. h. t. — ved. not. (d).

(h) L. 2. pr. quod cum eo (14. 5.).

(i) L. 1. 2. quod cum eo (14. 5.). — L. 1. pr. quod iussu.

§. 124.

2) Dell' azione de peculio e tributoria.

T. D. de peculio (15. 1.). — Quando de peculio actio annalis est (15. 2.).

1) Il peculio profettizio dato dal padre al figlio di famiglia vien considerato come parte separata del patrimonio del padre, quantunque veramente ne fosse parte integrante; e questo peculio messo sotto l' amministrazione del figlio gli dà credito per contrarre obbligazioni coi terzi. Ma il padre può esser tenuto invece del figlio, ed esser chiamato in giudizio con l' *actio de peculio*. Quest' azione è data al terzo creditore contro al padre di famiglia per contratti e quasi contratti conchiusi dal figlio sulla base del peculio profettizio (a).

2) Questa azione non ha luogo principalmente in questi casi:

a) nelle azioni penali; e nelle furtive vale solamente in quanto il padre addivenne più ricco (b);

b) per debiti contratti sul peculio castrense o quasi castrense (c);

d) per promesse di donazione (d).

3) In forza di questa azione il padre può essere condannato non in tutta la somma dell' obbligazione, ma fino alla quantità del peculio; la quale condanna ha vigore ancora quando nel tempo che l' azione fu prodotta, non vi era nulla nel peculio, purchè qualche cosa vi sia nel momento della sentenza (e).

(a) L. 3. §. 5, h. t. (15. 1.). — L. 49. de O. et A. (44. 7.). *Paul.* Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur; veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. Quo casu etiam, quum filiusfamilias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis. — L. 14. de neg. gest. (3. 5.). — L. 7. de tut. (26. 1.). — L. 1. C. quod cum eo (4. 26.) — L. 29. §. 1. h. t.: *Gai.* Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio.

(b) L. 1. §. 7. de his qui eff. (9. 3.). — L. 58. de R. I. — L. 3. §. 12. h. t. (15. 1.). — L. 3. §. 12. h. t. *Ulp.* Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat, an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur. Et est verius in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam.

(c) L. 18. §. 5. de castr. pecul. (49. 17.). *Marcian.* Sed nec cogendus est pater, aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris acquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati. Et si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculium tenus defendere debeat. Sed et eius filii nomine non aliter movere actionem potest, quam si satisdederit, eum ratam rem habituram. — L. 47. §. 1. h. t. (15. 1.).

(d) L. 7. de don. (39. 5.). — confr. L. 28. §. 2 de pactis (2. 14.).

(e) L. 30. h. t. *Ulp.* Quaesitum est an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit de peculio, quum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.

4) Il padre ha diritto di togliere dalla massa dei beni che formano il peculio profettizio, quello di cui egli stesso è creditore; e per contra ha l' obbligazione di aggiungervi ciò che per suo dolo vi manca (f).

Finchè dura la patria potestà, l' azione sarà perpetua, dopo terminata quella potrà esser prodotta in un anno utile (g).

Se il peculio profettizio consenziente il padre, o senza opposizione del medesimo fu tutto o in parte destinato ad affari di commercio (h), i creditori in riguardo a questi affari hanno il diritto ad essere soddisfatti dal patrimonio commerciale (i). Il padre potrà far valere anche i suoi crediti, ma a differenza dell'*actio de peculio*, non ha il diritto di preferenza col farne prima la riduzione (k). Se egli si comporta dolosamente il pretore ai creditori concederà contro lui l'*actio tributoria* (l). Alle volte converrà meglio esercitare l'*actio de peculio*, poichè con la tributoria si pretende solamente le mercatanzie, mentre con l'altra si escute tutto il peculio; e ciò converrà maggiormente quando il padre non sarà creditore, non potendoci essere in questo caso diritto da parte sua alla riduzione (m).

(f) L. 9. §. 6. L. 11. pr. §. 6. L. 52. pr. h. t *Ulp.* Sive autem ex contractu quid domino debeat, si ex rationum reliquiis, deducet dominus. Sed etsi ex delicto ei debeat, utputa ob furtum, quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est, id solum, quod domino abest, an vero tantum, quantum ai alienua servus commisisset, id est cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur.

(g) T. D. quando de pecul. (15, 2.).

(h) L. 1. §. 1. 2. 3. L. 5. §. 11-15. L. 11. de trib. act. (14. 4.). L. 1. §. 2. *Ulp.* Peculiarem autem mercem non sicuti peculium accipimus, quippe peculium deducto, quod domino debetur, accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat ita demum, si sciente eo negotiabitur.

(i) L. 5. §. 4-7. eod. *Ulp. Mercis nomine* merito adiicitur, ne omnis negotiatio, cum eo facta tributoriam inducat. §. 5. Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, et quod eo nomine receptum est. §. 6. In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

(k) L. 5. §. 7. 19. eod. *Ulp.* Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero, et si ex alia causa? Et Labeo ait, ex quaqnque causa ei debeatur, parvique referret, ante mercem, an postea ei debere quid servus coeperit; sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.

(l) L. 7. §. 2. ss. eod. *Ulp.* Si cuius dolo malo factum est, quominus ita tribueretur, in eum (dominum vel patrem) tributoria datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet; quae actio dolum malum coërcet domini. Minus autem tribuero videtur, etiamsi nihil tributum sit.

(m) L. 11. eod. *Gai.* Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere, quam tributoria; nam in hac actione, de qua loquitur, hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est, quibus negotiatur, quodque eo nomine receptum est. At in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur in quo et merces continentur, et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii, aut tertia, vel etiam minore negotietur; fieri praeterea potest ut patri dominove nihil debeat.

§. 125.

3) Dell' azione de in rem verso.

T. D. in rem verso (15. 3.).— *Rössing*, De versione in rem, Gött. 1799.—*Senffert*, De in rem verso act. Wirceb. 1822.

Se il figlio di famiglia senza l'autorità del padre conchiude un affare nell'interesse del padre stesso, questi può essere chiamato a risponderne con l' azione *de in rem verso* (a). È necessario per questa azione che il figlio abbia avuto intenzione di obbligare il padre, ed allora questi sarà sempre tenuto, quantunque le cose prese in interesse suo fossero mancate (b).

Se in favore del padre fu impiegata una cosa altrui, l' azione avrà luogo solamente per quanto riguarda il vantaggio del padre (c). Se per lui fu fatta una spesa necessaria, resta obbligato per l'intero prezzo dell'acquisto; se la spesa al contrario è utile ed il valore della cosa è minore del prezzo per cui fu acquistata, sarà tenuto solamente pel vero valore dell' oggetto; se poi il valore è maggiore, non è obbligato più di quello che importa il prezzo dell' acquisto; finalmente nel caso di una spesa di lusso e di piacere, il creditore, se può, avrà il *ius tollendi* (d).

(a) L. 1. h. t. —§. 4. Inst. quod cum eo. (4. 7.). Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem eius versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem eius versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ius impenderit servus; veluti si mutuatus pecuniam creditoribus eius solverit, vel aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit. Itaque si ex decem, ut puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro caeteris quinque eatenus, quatenus in peculio sit; ex quo scilicet apparet si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum.

(b) L. 3. §. 2. h. t. *Ulp.* Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem. — L. 3. §. 3. 6. 9. L. 10. — §. 4. 6. L. 17. h. t.

(c) L. 10. §. 4. h. t. *Ulp.* In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est; proinde si pars versa est, de parte erit actio. — §. 5. Inst. h. t.

(d) L. 3. §. 4. h. t. *Ulp.* Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini, aut voluntatem habuit, Quest' azione con le altre mentovate nei precedenti paragrafi ha per origine le obbligazioni del figlio di famiglia; ma tutte possono esser prodotte contro il padre quali azioni *adiectitiae qualitatis*. Esse concorrono non solo tra loro stesse, ma ancora con le azioni dirette contro il figlio; la loro concorrenza è elettiva, sicchè quando un creditore ha ottenuta la sua soddisfazione per mezzo di una di esse contro al padre o contro al figlio, le altre vengono escluse, resta alla prudenza dell'interessato di esperimentare l'una azione che l'altra, giacchè ogni azione importa diverse conseguenze (e). Lo stesso è se la concorrenza avviene tra le medesime azioni *adiectitiae qualitatis*: così l' *actio de peculio* e la tributoria concorrono in modo che la scelta dell'una esclude l' altra (f); l'*actio in rem verso* può concorrere elettivamente con l' *actio quod iussu*, e cumulativamente con l' *actio de peculio* (g).

§. 126.

4) Del Senatoconsulto Macedoniano.

T. D. de SCto Macedoniano (14. 6.). — C. ad SCtum Macedonianum (4. 28.). — *Loebenstern*, de SCto Macedoniano, Marb. 1828.

1) La regola generale che il figlio di famiglia poteva obbligarsi non altrimenti che il padre di famiglia, fu moderata al tempo dell'imperatore Claudio col senatoconsulto Macedoniano, per mezzo del quale all' azione di colui che aveva mutuata una somma ad un figlio di famiglia, poteva non

---

nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus sui videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet. — L. 5. pr. L. 12. eod.

(e) §. 5. Inst. h. t. (4. 7.). Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit: sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum est, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aeque de peculio et de in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius et ceteri creditores; at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, et in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria eius tantum, quo negotiatur; et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, maiorem autem partem in praediis et mancipiis aut funebri pecuniam habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet: certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet. — L. 4. §. 5. quod cum eo (14. 5.). — L. 30. §. 4. L. 32. de pecul. (15. 1.).

(f) L. 9. §. 1. de tribut. act. (14. 4.). — ved. not. antec.

(g) §. 4. Inst. quod cum eo (4. 7.). — ved. not. (a).

solo questi, ma anche il padre chiamato in giudizio con l' *actio mutui de peculio* opporre una valida eccezione, che dal senatoconsulto ebbe il nome di *exceptio SCti Macedoniani.* Questo senatoconsulto ebbe, secondo Teofilo, per motivo un parricidio, e fu giustificato dal perchè sovente i figli carichi di debiti, dopo aver dissipato la somma presa a mutuo, potevano tendere insidie alla vita dei genitori, come fè Macedone (a). Questa eccezione riguarda solamente il mutuo, nè può esser prodotta in altri negozii civili, fuorchè qualora si provi che sieno stati conchiusi *in fraudem legis* (b).

L' eccezione è data al figlio di famiglia, ai suoi eredi, al padre, al fideiussore ed al mandatore nel mandato qualificato, tranne se questi avesse interceduto con l' intenzione di fare una donazione (c).

2) Con tutto ciò l'eccezione suddetta non è in *favorem debitoris,* ma in *odium creditoris,* e però sarebbero validi e giuridici il pagamento, la compensazione, ecc.; di modo che l'obbligazione del figlio di famiglia resta come obbligazione naturale. Per la qual cosa la somma pagata scientemente od anche per errore dal padre o dal figlio non ripetesi con la *condictio indebiti,* fuori se il pagamento fosse stato fatto per errore dal curatore (d). Se il figlio di famiglia pagava il suo debito con le cose del padre, questi, potrà rivendicarle se esistenti, senza temere eccezioni con-

---

(a) L. 1. h. t. *Ulp.* Verba Senatusconsulti Macedoniani haec sunt : *Cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.*

(b) L. 3. §. 3. L. 7. pr. h. t. *Ulp.* Is autem solus Senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo, etsi in creditum abiit filiofamilias, vel ex causa emtionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat Senatusconsultum. Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

(c) L. 7. §. 1. 6. 7. 10. L. 9. §. 3. h. t. *Ulp.* Non solum filiofamilias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt; tunc enim, quum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus videbitur a patre comprobatus. — L. 11. de fideiussoribus. (46. 1.).

(d) L. 9. §. 4. 5. L. 10. h. t. *Ulp...* Sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare lex eos voluit. §. 5. Quamquam autem solvendo non repetant. — L. 10. quia obligatio naturalis manet. — L. 7. §. 15. eod. L. 14. de reb. cred. (12. 1.). — L. 8. h. t. *Paul.* Quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

trarie: se sono consumate non potrà ripeterle con la *condictio indebiti*, eccetto se il creditore le avesse consumate di mala fede, o se fossero tali cose di cui il figlio non avesse il diritto di disporre (e).

L'eccezione del senatoconsulto Macedoniano non è data qualche volta a cagione di peculiari circostanze, così:

1) Non è data al figlio, ma potrà essere prodotta dal padre contro l'*actio mutui de peculio*, nel caso che il figlio di famiglia abbia un peculio castrense, quasi castrense, fino alla somma del peculio medesimo (f).

Va perduta ancora pel figlio, che abbia ratificato il mutuo addivenuto *sui iuris* (g).

2) Non è data l'eccezione nè al padre nè al figlio nei seguenti casi:

a) quando il creditore ebbe buoni motivi di credere quel figlio un padre di famiglia; sebbene la conoscenza che ne ha un solo dei correi *stipulandi* nuoce agli altri (h);

b) quando la somma presa a mutuo è stata di vantaggio al padre secondo le norme stabilite per l'*actio de in rem verso* (i);

c) quando il padre ha dato consentimento al mutuo, il quale è riconosciuto anche quando conosce il mutuo e lo lascia conchiudere; quando nomina *institor* il proprio figliuolo, ovvero permette che il figlio col peculio profettizio intraprenda un affare commerciale. Quando il consenso del padre avviene dopo, vale come dato fin dal principio (k).

(e) L. 14. de reb. cred. (12. 1.). *Ulp.* Si filiusfamilias contra SCtum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla *exceptio* obiicitur; sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra SCtum crediti magis est cessare repetitionem. — confr. L. 9. §. 1. h. t.

(f) L. 1. §. ult.— L. 2. h. 1. *Ulp.* In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus Senatusconsultum Macedonianum locum habeat; nam etiamsi Consul sit, vel cuiusvis dignitatis, Senatusconsulto locus est, nisi forte castrense peculium habeat; tunc enim Senatusconsultum cessabit. — L. 2. Usque ad quantitatem castrensi peculii, quum filiifamilias in castrensi peculio vicem patrum familiarum fungantur.

(g) L. 2. C. h. t.

(h) L. 1. 2. C. h. t. *Sever.* et *Anton.* Zenodorus si, quum sui iuris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. — L. 7. §. 7. h. t. *Ulp.* Proinde etsi alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabit adversus eum exceptio, licet hic non dederit. Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate se, verius dicendum est, utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi.

(i) L. 7. §. 12. 13. h. t. *Ulp.* Proinde si acceperit pecuniam, et in rem patris vertit, cessat Senatusconsultum; patri enim, non sibi accipit. Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare Senatusconsultum, libro duodecimo Digestorum Iulianus ait, intelligendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit; et ideo, si pater ignoravit, adhuc Senatusconsulto locus erit. — L. 2. 5. C. h. t. — Nov. 115. c. 3. §. 13.

d) Quando il figlio di famiglia era soldato al tempo della conchiusione del mutuo (l).

Nè il benefizio di quest' eccezione ha luogo, tutte le volte che in sostanza non vi sia mutuo, o perchè il creditore è impubere, o non ha diritto di disporre del suo patrimonio; ovvero quando ciò che si è dato, può ripetersi con una *vindicatio,* o con una *condictio sine causa* (m).

§. 127.

III. Delle relazioni tra genitori e figli.

1) Indipendentemente dalla patria potestà, evvi il diritto vicendevole degli alimenti; i figli hanno l'obbligo del rispetto, e però non possono chiedere dal padre un giuramento in lite, nè produrre contro di esso una azione infamante, tranne per atroci ingiurie; nè intentare un'azione penale (a); vicendevolmente hanno padre e figlio il *beneficium competentiae* (b).

Nei genitori sta il diritto della educazione de' proprii figliuoli, e sebbene la volontà del padre sia prevalente, egli ciò nondimeno può esserne escluso, e la educazione sarà affidata solamente alla madre, quando il matrimonio sia sciolto per colpa del padre (c).

(k) L. 2. C. h. t — L. 7. §. 11. 15. h. t. *Ulp.* Hoc amplius cessabit Senatusconsultum, si pater solvere coepit, quod filiusfamilias sumserit mutuum, quasi ratum habuerit.

(l) L. ult. §. 1. C. h. t.

(m) L. 3. §. 2. h. t. *Ulp.* Proinde et in eo, qui scire non potuit, an filiusfamilias sit, Iulianus libro duodecimo cessare Senatusconsultum ait, utputa in pupillo vel minore vigintiquinque annis. Sed in minore causa cognita et a Praetore succurrendum, in pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere, cessare Senatusconsultum, quod mutua pecunia non fit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat, quemadmodum ipse dicit Iulianus libro duodecimo, si filiusfamilias crediderit, cessare senatusconsultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit. Non enim perdere ei peculium pater concedit, quum peculii administrationem permittit, et ideo vindicationem numorum patri superesse ait.

(a) L. 2. 5. 7. §. 3. de obsequ. parent. (37. 15.). — L. 1. de obseq. (37. 15.). *Ulp.* Etiam militibus pietatis ratio in parentes constare debet; quare, si filius miles in patrem aliqua commisit, pro modo delicti puniendus est. §. 1. Et inter conlibertos, matrem et filium, pietatis ratio secundum naturam salva esse debet. §. 2. Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis afficit, vel impias manus iis infert, Praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo eius vindicat §. 3. Indignus militiae iudicandus est, qui patrem et matrem, a quibus se educatum dixerit, maleficos appellaverit. — L. 7. §. 3. 4. de iniur. (47. 10.). — L. 7. de iureiur. (12. 2). — L. 11. §. 1. de accus. (48. 2.).

(b) §. 38. Inst. de act. (4. 6.).

(c) L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. 5. de lib. exh. (43. 30.).

2) In caso di necessità i figliuoli hanno ancora un'azione contro i genitori per far loro riconoscere la propria legittimità: la quale azione è detta *actio de liberis agnoscendis et alendis.* Similmente la madre ha una azione contro il marito per fargli riconoscere il figlio, detta *actio de partu agnoscendo*, nella quale, in caso che il fanciullo nascesse dopo lo scioglimento del matrimonio, è ammessa dopo alcune speciali determinazioni secondo il senatoconsulto Planciano (d).

IV. Origine della patria potestà.

§. 128.

I. Per nascita e adozione.

T. Inst. de adoptionibus (1. 11.): — de adquisitionibus per arrogationem. — T. D. de adoptionibus et emancipationibus (1. 7.). — C. de adoptionibus (8. 48.).

I. I figliuoli procreati in un legittimo matrimonio pel fatto della nascita si trovano incontanente sotto la patria potestà del loro genitore (§. 17) se questi è *sui iuris;* ovvero sotto la patria potestà dell'avo, se il padre è ancora figlio di famiglia; e allora solamente dopo la morte dell'avo, cadono sotto la potestà del loro padre (a).

II. La patria potestà si origina in secondo luogo per mezzo dell'adozione, la quale è atto per cui qualcuno alla presenza della publica autorità accetta in luogo di figlio uno, il quale non è stato mai o ha cessato di essere alla sua patria potestà sottoposto.

Può venire adottata tanto una persona *alieni iuris*, e si ha la vera adozione; quanto un *homo suis iuris* e questa forma di adozione è conosciuta col nome di arrogazione; poichè nell'antico diritto non poteva farsi che davanti ai comizii convocati con la ordinaria *rogatio*; onde fu chiamata ancora *adoptio per populum* (b).

1) Perchè fosse legittima l'adozione nello stretto significato, conviene che l'adottante fosse *sui iuris;* ed avesse almeno 18 anni dippiù dell'adot-

---

(d) L. 1. — L. 3. §. 1. de agnosc. et alend. liber. (25. 3.). *Ulp.* Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.

(a) L. 4. 5. de his qui sui vel alien. iur. (1. 6.). — §. 12. Inst. de nupt. (1. 10.). — pr. Inst. quib. mod. ius. post. (1. 12.).

(b) L. 1. §. 1. h. t. *Modest.* Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera arrogatio. Adoptantur filiifamilias; arrogantur, qui sui iuris sunt.

tato (c). L'adozione imita la natura, onde non possono adottare i castrati; non si può adottare uno invece di fratello, nè adottare chicchessia a tempo determinato (d). L'adottato non dev'essere figlio naturale dell'adottante, che potrebbe esser legittimato, nè chi, adottato altra volta, uscì poi dalla patria potestà (e). L'adozione non può esser fatta per procuratore nè sotto condizione (f).

Si può adottare alcuno non solo in luogo di figliuolo ma ancora di nipote, anche da chi non ha figli; non si può adottare in luogo di fratello (g). Finalmente l'adozione deve seguire col consentimento tanto del padre adottante, quanto del padre naturale presente il figlio da adottarsi innanzi al magistrato, che ne stende un apposito protocollo (h).

2) L' adozione fa sì che il figlio adottivo esce dalla patria potestà e quindi dal cerchio degli agnati del padre ch'è sua famiglia naturale; entra nell'agnazione della famiglia civile, e passa sotto la patria potestà del padre adottante, prendendo il nome e lo stato di quest'ultimo (i). Tutti i diritti che nascono dalla patria potestà passavano con questa al padre adottante, come a mo' d'esempio il diritto dell'usufrutto del peculio regolare; similmente il figlio perdeva quei diritti, che nascevano dall'esser figlio di

---

(c) §. 4. Inst. h. t.— L. 40. §. 1. h. t. *Modest.* Non tantum quum quis adoptat, sed et quum arrogat, maior esse debet eo, quem sibi per arrogationem, vel per adoptionem filium facit; et utique plenae pubertatis, id est decem et octo annis eum praecedere debet.

(d) L. 34. h. t.—§. 4. 9. Inst. h. t. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.

(e) L. 7. C. de natur. liber. (5. 27.). — L. 37. §. 1. h t. *Paul.* Eum, quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare. — L. 23. pr. de liber. et post. (28. 2.). — Nov. 74. pr. c. 3. — Nov. 89. c. 7.

(f) L. 34. h. t. *Paul.* Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem in adoptionem des, an actio ulla sit? Et Labeo putat nullam esse actionem; nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere. — L. 24. 25. §. 1. eod.

(g) §. 5. 6. Inst. h. t. Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat.— L. 7. C. de hered. inst. (6. 24.). *Diocl.* et *Maxim.* Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi praeses provinciae curae habebit.

(h) L. 5. h. t. — L. ult. C. h. t. L. 11. C. h. t. *Iustin.* Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filius, aut per unam emancipationem in caeteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes, censemus, licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum, hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat. *Cels.* In adoptionibus eorum duntaxat qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.

(i) L. 1. 13. 15. pr. 23. h. t. — L. 4. §. 10. de grad. (38. 10.).

quella famiglia, sicchè perdeva il diritto di *suità* o discendenza legittima rispetto al padre naturale, e l'acquistava rispetto all'adottante.

3) Giustiniano vi apportò una grande mutazione, stabilendo che queste piene conseguenze dell'adozione allora solamente dovevano osservarsi, quando il figlio era dato in adozione ad un ascendente; ma non quando era adottato da un estraneo; perciò si è detta la prima *adoptio plena, adoptio minus plena* l'altra. Nella prima le conseguenze sono le medesime del diritto antico; dove nella seconda nulla vien cambiato nelle relazioni tra figlio e padre naturale, e l'adozione vale solamente a dare al figliuolo adottivo l'eredità legale del padre adottante (k).

ANNOTAZIONI

Per rendersi ragione della suddetta riforma di Giustiniano, fa d'uopo ben considerare lo stato giuridico, che nasceva dall'adozione.

Prima della riforma colui ch'era *in adoptionem datus*, per tutto il tempo che durava l'adozione, aveva il pieno diritto di succedere *ab intestato* al padre adottivo e ai suoi agnati, come per converso e padre ed agnati avevano egual diritto sul patrimonio del primo. I rapporti dell'adottato con la famiglia naturale erano i seguenti: nulla egli perdeva nelle relazioni di successione con la madre naturale, ma diveniva cognato rispetto al padre suo naturale, ed alla successione di lui era chiamato nell'ordine dei cognati. Quest'ultimo punto era modificato quando il figlio per adozione non usciva totalmente dalla famiglia naturale, come quando era adottato da un ascendente paterno; poichè allora era chiamato alla successione del padre e dell'avo nell'ordine de' figli *(unde liberi)* (l).

Dal momento che l'adottato, sciolto dai vincoli di adozione, diventava *sui iuris* per mezzo dell'emancipazione, si estingueva *ipso iure* il suo diritto di succedere al padre adottivo, e rispetto al padre naturale era considerato come se fosse stato da lui emancipato; era quindi chiamato alla successione di lui nell'ordine *unde liberi*.

Secondo questo stato de'rapporti di successione non era difficile che un figliuolo dato in adozione si trovasse privo e della successione del padre adottivo, e di quella del naturale, quando l'emancipazione del padre adottivo avvenisse dopo la morte del padre naturale; in questo caso il legame di adozione, rotto per mezzo della emancipazione, non gli dava più diritto di succedere al padre adottivo, mentre la morte del padre naturale avvenuta prima della emancipazione lo avea già escluso dalla successione di quest'ultimo. Per garantire al figlio adottato un diritto di eredità in qualunque evento fu introdotta da Giustiniano l'*adoptio plena* e la *minus plena;* difatti in quest'ultima specie di adozione le relazioni di successione rimangono nel medesimo stato che se non vi fosse stata adozione: nella famiglia adottiva acquista un diritto di eredità *ab intestato* come *suus heres* sul patrimonio del padre adottivo, ma non degli agnati di lui; e più, questo diritto di successione limitato alla sola persona del padre adottivo non è reciproco, poichè questi non potrà ereditar mai dal figlio adottato.

(k) L. 10. C. h. t.

(l) L. 3. §. 7. 8. — L. 21. §. 1. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — Ved. vol. II. cap. §.

Per ciò che riguarda la *plena adoptio* nulla venne cambiato nei rapporti di successione tra il figlio adottivo e la madre naturale e per converso; ma vi è questione in quanto alla successione tra il figlio adottivo ed il padre naturale, ma di ciò sarà trattato in appresso.

§. 129.

2) Per arrogazione.

1) L'atto dell'adozione piglia il nome di arrogazione quante volte cade sopra un *homo sui iuris*, che, adottato, diventi figlio di famiglia, o vogliam dire, *alieni iuris* (§. 16.) (a).

I requisiti stessi dell'adozione si domandono ancora per l'arrogazione, con la sola differenza, che in quella è il padre naturale che guarda gli interessi del figlio, affinchè non gli venisse pregiudizio dal nuovo stato; mentre mancando il padre nell'arrogazione, interviene direttamente l'autorità, la quale con una cognizione di causa deve osservare esattamente le seguenti cose:

a) che non vi sia una causa turpe, *ne forte turpis causa arrogandi subsit;* però non dev'essere permessa al tutore l'arrogazione del pupillo anche terminata la tutela (b);

b) che il padre arrogatore abbia superato il suo 60° anno (c);

c) che non arroghi colui che ha proprii figli (d);

d) che uno non arroghi più persone (e);

e) che il più povero non pigli il più ricco per figlio (f).

(a) L. 2. pr. h. t. *Gai.* Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt, quae species adoptionis dicitur arrogatio, quia et is, qui adoptat rogatur, i. e. interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse, et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur.

(b) L. 17. pr. L. 32. §. 1. h. t. *Ulp.* Nec ei permittitur arrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor vigintiquinque annis sit, qui arrogatur; ne forte eum ideo arroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa arrogandi subsit.

(c) L. 15 §. 2. h. t. *Ulp.* in arrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui arrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa arrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.

(d) L. 17. §. 3. h. t *Ulp.* Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos adottare alium; ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, diminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi; aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi.

(e) L. 15. §. 3. eod. *Ulp.* Item non debet quis plures arrogare, nisi ex iusta causa; sed nec libertum alienum, nec maiorem minor.

(f) L. 17. §. 4. h. t. *Ulp.* Interdum et ditiorem permittetur adoptare pauperiori, si vitae eius sobrietas clara sit, vel affectio honesta nec incognita.

Con tuttocciò l'autorità per eccezione, *ex iusta causa*, ammetteva in questo caso l'arrogazione mercè cauzione (g).

2) Per far legale l'arrogazione, dopo la *causae cognitio*, si richiedeva dapprima una *lex curiata*, indi un decreto dei Pontefici, da ultimo solamente un rescritto imperiale (h).

3) Secondo l'antico diritto i soggetti a tutela non potevano essere arrogati, e questi erano i pupilli e le donne. Caduta la perenne tutela delle donne, entrarono nel diritto comune, e potevano essere arrogate come qualunque altra persona. L'arrogazione degl'impuberi fu più tardi introdotta per mezzo di un' *Epistola* di Antonino Pio, ma con alcune limitazioni. Oltre la preventiva *causae cognitio* e l'osservanza delle regole dell'arrogazione ordinaria, si deve considerare fino a qual punto l'arrogazione è compatibile con la educazione dell'impubere (i). Dippiù non solo si richiede che tutti i tutori interpongano la loro autorità; ma il padre arrogatore deve dar cauzione ad un'autorità publica, che se il fanciullo muoia nella impubertà, il patrimonio di lui sia restituito a coloro che senza l'arrogazione sarebbero stati i più prossimi eredi; oltracciò è dato un diritto all'arrogato sulla quarta parte del patrimonio del padre arrogatore, la quale è detta *quarta divi Pii* (k).

4) Le conseguenze dell'arrogazione sono press'a poco le stesse dell'adozione, tranne i temperamenti fatti per l'arrogazione dell'impubere (l).

(g) L. 17. §. 5. h. t. *Ulp.* Satisdatio autem in his casibus dari solet.

(h) *Cic.* de lege agrar. II. 12. — *Gell* noct. Att. V. 16. *Tacit.* I. 5. — ved. not. (a).

(i) L. 17. §. 2. — L. 18. 20. h. t. — ved. not. seg.

(k) §. 3. Inst. h. t. (1. 11.). Quum autem impubes per principale rescriptum arrogatur, causa cognita arrogatio permittitur et exquiritur causa arrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restiturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem eius venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest arrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat: sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine iusta causa eum emancipaverit, iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet praeter bona, quae ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei postea acquisivit.

(l) §. 1-3. Inst. de acquis. per arrog. (3. 10.): Ecce enim, cum paterfamilias sese in arrogationem dat, omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debitae sunt, arrogatori ante quidem pleno iure acquirebantur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et ius agnationis... §. 2. Nunc autem nos eandem acquisitionem quae per arrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum; nihil etenim aliud, nisi tantummodo usufructus tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiumfamilias acquiratur in his rebus, quae extrinsecus filiis obveniunt, dominio iis integro servatur... §. 3. Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem iure arrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur, et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quae eius cum usufructu futura fuissent, si se alieno iure non subiecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

(m) L. 5. C. de auctor. praest. (5. 59.) — ved. not. pr.

Bisogna pur notare che se l'arrogato ha figli, questi entrano anch'essi sotto la patria petestà del padre arrogatore, e come il proprio genitore, soffrono una *capitis deminutio minima* (n).

5) Secondo il diritto antico essendo il figlio di famiglia incapace di aver patrimonio, il figlio arrogato perdeva ogni diritto di proprietà, e vi era una successione *per universitatem* in favore del padre arrogatore. Nell'ultima riforma di tutto il patrimonio dell'arrogato si forma un peculio avventizio regolare, e quindi il padre arrogatore ne acquista il solo usufrutto.

ANNOTAZIONI

Quanto alle relazioni dell' impubere arrogato col padre arrogatore i giuristi non sono perfettamente di accordo su molti punti.

Generalmente si può stabilire che l'impubere, non men che ogni altro arrogato, entra mercè l'atto di arrogazione nel diritto di un *suus heres*. Per la qual cosa se, non essendo stato prima emancipato, alla morte del padre arrogatore, non fosse stato istituito erede nel testamento di lui, o debitamente diseredato, egli per mezzo della *querela inofficiosi testamenti iuris antiqui* può aprire la successione *ab intestato*. Similmente se fosse stato formalmente diseredato, ma senza giusta causa, può allo stesso scopo produrre la *querela inofficiositatis iuris novi* secondo la Novella 115. Conseguentemente da questo principio si deve affermare, che se il padre arrogatore avesse istituito l'impubere al disotto della quota legittima stabilita dalla Novella 18, questi dovrà avere non solo diritto alla *quarta*, ma ancora un' azione suppletiva pel resto della porzione legittima. Questa conseguenza non è accettata da tutti, ed alcuni, tra i quali il *Franke* (o), voglion che all' impubere arrogato non appartengano i mezzi ordinarii conceduti agli eredi necessarii, ma sibbene la sola azione personale diretta alla *Quarta Divi Pii*. Ei sarebbe cosa inutile confutare simile opinione, se il *Franke* pur non si sostenesse con qualche testo. Ma prima di ogni altro tutti debbono convenire che l' arrogazione di un impubere, come tale, deve portare le conseguenze di una ordinaria arrogazione; altrimenti bisognerebbe dire che l' impubere per arrogazione non è considerato egualmente come gli altri arrogati, figlio legittimo del padre arrogatore. Se non si può negare la qualità di figlio che deriva dall' arrogazione, si deve pure ammettere in lui necessariamente la qualità di *suus heres* e le conseguenze che ne scaturiscano. È vero per altro che l' arrogazione dell' impubere mercè l' epistola di Antonino Pio acquistò natura alquanto distinta dall' arrogazione ordinaria; ma ciò rafforza la nostra dottrina, imperocchè la specialità delle sue regole nasce dallo scopo evidente di garantire il patrimonio dell' impubere per qualunque contigenza, che a lui, a cagion del suo stato, recherebbe maggior pregiudizio: l'intenzione del legislatore era dunque di mettere l' impubere, se non in migliore, almeno in condizione eguale agli altri arrogati che non fossero impuberi. Ora, ammettendo l'opinione di quei giuristi, si avrà per contrario che l'impubere si troverebbe nel caso anzidetto in uno stato inferiore ad ogni altro arrogato. E di vero, quando si consideri che l'arrogazione è permessa solo ad un vecchio senza figli, e che non si può arrogare più di uno, la *quarta divi Pii* corrisponde esattamente alla legittima di quel tempo; ma poichè questa da un quarto è montata alla terza parte, e secondo le circostanze, alla metà nella Novella 18, avverrà, giusta l'opinione di quei giuristi, che, mentre ogni altro arrogato ha diritto ad un terzo dei beni del padre arrogatore, l'impubere non avrà diritto che al quarto solo de'beni medesimi. Lasciamo da banda che, negandosi all'impubere arrogato l'azione per compire la legittima, si negherebbe a lui il diritto di succedere *ab intestato*, sicchè non gli resterebbe che la sola azione personale per la *quarta*.

(n) L. 2. §. 2. eod. *Gai.* Hoc vero proprium est eius adoptionis, quae per principem fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subiicitur, sed et liberi eius in eiusdem fiunt potestate tanquam nepotes.

(o) *Franke*, Diritto di successione necessaria, §. 37.

La legge che il *Franke* cita in suo favore è la legge 8. §. 15. *de inoff. test.* (5. 2), secondo la quale egli crede di stabilire questo principio: l'impubere arrogato non ha diritto alla querela, ma può soltanto produrre l'azione personale per la *quarta* contro gli eredi del padre arrogatore. Le parole della legge sono le seguenti: « Si « quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emanci« pationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum « babeat quartam ex constitutione Divi Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam « perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, etsi non « obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum, concedendam ». Ora ponderando le parole *citra adoptionem et emancipationem*, il senso della legge non può essere che il seguente: Se un impubere, congiunto così al testatore, che può produrre una querela contro il suo testamento, è arrogato e poscia emancipato, egli non potrà far uso della querela, come potrebbe per la naturale parentela, essendo già cautelato per mezzo della quarta che di diritto gli spetta. Ma che all'impubere arrogato, ma non emancipato, non competa la querela, non è detto in questo passo. Di fatti il caso della legge citata è il seguente. Uno arroga un impubere che gli è prossimo parente, e che in forza del suo legame di sangue ha diritto alla successione *ab intestato;* dopo di averlo diseredato *sine iusta causa*, muore, e rimane tutto il suo patrimonio ad un terzo. In questo caso l'impubere arrogato ha dall'arrogazione il diritto alla *quarta* e non alla successione necessaria, essendo per mezzo della emancipazione rotta la relazione di suità. Ma questo arrogato in forza della sua parentela naturale col defunto p. e. un avo paterno, ha per conseguenza il diritto alla porzione legittima; di qui nasce la domanda: questo impubere in qualità di nipote può produrre una querela *inofficiosi testamenti ?* A ciò risponde negativamente Ulpiano, poichè egli per mezzo della *quarta* ha già tutta la sua porzione legittima. Questa opinione è tanto più da ritenersi, inquantochè le determinazioni della costituzione *Divi Pii* allora sono applicate, quando l'impubere non avrebbe nulla secondo i principii generali sull'arrogazione, quando p. e. è diseredato *sine iusta causa*, ovvero è diseredato in guisa, che secondo i principii generali non potrebbe avere nessun mezzo giuridico.

È pure controverso in questa materia se l'arrogato abbia diritto alla *quarta* passata l'impubertà, se nella pubertà fosse emancipato o diseredato. A questa controversia è d'uopo rispondere in contrario, giacchè tutte le altre determinazioni di Antonino Pio cadono appena si diventa pubere, e però deve affermarsi lo stesso circa la *quarta*. Quando l'impubere è divenuto pubere nella famiglia adottiva, deve considerarsi come arrogato durante la pubertà (p).

(p) *Vangerow*, Pand. I §. 252.

§. 130.

3) Per legittimazione.

T. C. de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiatur. (5. 27.). — Nov. 74. 89.

La legittimazione è quell'atto per mezzo del quale i figliuoli procreati con una concubina acquistano i diritti dei figliuoli legittimi. Quest'atto poteva seguire in modi diversi.

1) Costantino pel primo ordinò che il matrimonio susseguente rendeva, sebbene temporaneamente, i figliuoli legittimi; perciò quest'atto fu detto *legitimatio per subsequens matrimonium;* questa legge fu ristretta per mezzo della costituzione di Anastasio al caso che non vi fossero figli legittimi; ma da Giustiniano ebbe la legittimazione per susseguente matrimonio un valore assoluto (a). Quest'atto di legittimazione non richiede una speciale dichiarazione del padre di legittimare i figli, quando la paternità è certa pel riconoscimento; ma affinchè si potesse aver certezza del cambiamento del concubinato in valido matrimonio, Giustiniano ordinò che la celebrazione del matrimonio dovesse esser preceduta dai patti dotali in iscritto (1).

2) La legittimazione può aver luogo per *curiae oblationem*, quando il padre induce il figliuolo naturale ad assumere la carica di decurione; ovvero la figliuola naturale a sposare un decurione; ma ciò quando non vi fossero figliuoli legittimi. Questa forma di legittimazione fu introdotta da Teodosio (b).

3) Affinchè la legittimazione fosse fatta agevole per tutti, Giustiniano introdusse la legittimazione *per rescriptum principis*, quando non fosse possibile un matrimonio tra il padre e la concubina. Questa legittimazione veniva concessa ad istanza del padre (c). Anche poteva concedersi a richiesta de' figli o della madre, quando il padre nell'atto di sua ultima volontà avesse espresso il pensiero di voler legittimare i suoi figliuoli; e si aveano le medesime conseguenze, che se la legittimazione fosse stata chiesta durante la vita del padre. Questa seconda è detta *legitimatio per testamentum* (d) (2).

La legittimazione fa che i figliuoli naturali, i quali erano nella famiglia della madre, passano sotto la potestà del loro padre, e però, acquistando tutti i diritti di agnazione, acquistano il pieno diritto di *suità*. È necessario adunque per tal atto non solo il consenso del padre, ma quello del figlio ancora (e).

(a) L. 5. 7. 10. 11. C. h. t.
(b) L. 3. 4. C. eod.
(c) Nov. 74. c. 1. — Nov. 89. c. 9.
(d) Nov. 74. c. 2.

ANNOTAZIONI

(1) Intorno alla legittimazione per susseguente matrimonio di grande difficoltà è stato un passo delle Istituzioni, che è il §. 13. *Inst. de nupt.* (1. 10.): « Is, qui « a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fue« rat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, « dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur; *quod et aliis libe« ris, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio prae« buit.* » Il significato letterale di questo passo e propriamente delle parole ultime sarebbe: che anche a coloro che nascono dopo avvenuto il matrimonio, la costituzione ha dato il medesimo diritto, il che è assurdo: perocchè essi sono legittimi non pel favore della costituzione, ma per effetto del matrimonio. Onde i giuristi si sono aiutati con l' interpretazione congetturale in diverso modo. Il *Cujacio* nella sua edizione delle Istituzioni legge in vece: *quod si alii liberi ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit:* questo modo di leggere è seguito dallo *Schrader* con un piccolo cangiamento: *quod et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati*, e questa lezione è accettata dai fratelli *Kriegel* nella loro edizione. L' *Hotomanno* nel suo commento sulle Istituzioni propone che si legga: *quod etsi nulli alii liberi fuerint procreati*, etc. Mureto (f) al contrario legge: *quod ei similiter aliis liberis, qui ex eod. matr. etc.*, ed allora quelle parole significherebbero che il figlio nato prima del matrimonio è dalla costituzione equiparato a coloro che nascono nel matrimonio legittimo. Finalmente *Biener* nella sua edizione legge: *quod et aliis liberis ex eodem matrimonio procreatis similiter, etc.*; e così cambiando il caso *aliis liberis* da dativo in ablativo assoluto, ha il medesimo significato della lezione del *Cujacio*.

Tutte queste interpretazioni possono aver merito, ma certo sono quale più, quale meno arbitrarie, attesocchè tutti i manoscritti con qualche minima differenza leggono allo stesso modo, nè altrimenti Teofilo nelle sue parafrasi. Oltre a ciò due interpretazioni sul passo primitivo sono possibili senza dare nell' assurdo; le parole *quod et aliis liberis, etc.* possono significare quei figli i quali sono concepiti nel concubinato e nascono nel matrimonio; ovvero il pensiero di Giustiniano può intendersi così: non solo abbiamo favorito coloro che nacquero prima della celebrazione del matrimonio, ma ancora quelli che son nati dopo, poichè anche questi ultimi sarebbero stati naturali prima della nostra costituzione, senza la quale il concubinato continuerebbe ancora fra i loro genitori. Che quest' ultimo pensiero non sia totalmente nuovo per Giustiniano si rileva dalla legge 10. 11. C. *de natural. liberis*, in una delle quali egli dice: « cum enim affectio prioris sobolis et ad dotalia instru« menta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestiterit oc« casionem, etc. » : e nell' altra: « sed etiam anteriores, quia et his, qui postea nati « sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt » (g).

(e) L. 11. de his qui sui (1. 6). — Nov. 89. c. 11. §. 1.

(g) Conf. Nov. 74. praef. Nov. 89. c. 8.

(2) Sulla legittimazione *per testamentum* alcuni giuristi e segnatamente il *Marezoll* (h) han voluto stabilire i seguenti principii:

1) Che la legittimazione per testamento sia data solamente in sussidio delle altre; imperocchè il padre doveva già prima aver fatta risoluzione di chiedere il rescritto del principe, impedito poscia per qualsisia avvenimento. In conseguenza di ciò, quando il padre vivesse ancora lungamente dopo aver compilato il testamento, di guisa che gli resta tempo d' impetrare il rescritto, la legittimazione per testamento non potrà esser ammessa.

2) Il testamento deve essere assolutamente scritto.

3) Il padre deve dichiarare nell' atto estremo della sua volontà, che i figli devono essere suoi eredi *ab intestato*. Conseguenza della legittimazione è che i figli devono acquistare l' eredità del padre; e questo testamento non è ordinario e normale, in esso non si contiene una vera istituzione di erede: onde non si potrà nominare un erede estraneo, giacchè, non ostante il testamento, ha luogo la successione *ab intestato*.

4) Finalmente questi figli naturali dopo la morte del loro genitore devono provare non solo l' esistenza e il tenore del testamento, ma accettare l' eredità del padre quali *legitimi heredes* per conseguire la legittimazione.

In tutta questa dottrina, studiata attentamente, si rileva una inesattezza ben grave. Ammettiamo che l' unica legge che stabilisce la legittimazione per testamento non può essere altra che la Novella 74. c. 2.; e che la Nov. 89. c. 10, non fa che replicare tutte semplicemente le determinazioni della prima, senza esserne interpretazione autentica, nè portarvi nessun cambiamento. Dobbiamo però accettare il c. 10. della Novella 89. nel medesimo significato del c. 2. della Novella 74. Questo passo così suona: « Si tamen naturalium solum liberorum pater propter fortui« tas quasdam circumstantias id non fecerit (scilicet si precis imperatori non obtu« lerit), moriens vero in uno ex praedictis casibus in testamento scripserit, se velle, « ut liberi legitimi sint sibique succedant, etiam huius rei licentiam ei concedimus, « modo liberi post mortem patris, sic supplicent et hoc doceant et testamentum pa« tris ostendant, et quatenus eos pater heredes scripserit, heredes existant et hoc « ab imperatore consequantur; ut id, quod agitur, patris simul et imperatoris do« num sit, vel quod idem est, naturae simul et legis. Atque haec dicimus, nihil ex « prioribus modis legitimis tollentes, sed et hunc addentes, in quibus eos accipere « non licet. Legitimis enim existentibus, et naturalibus postea vel antea natis ne« quaquam ius legitimorum illis tribuatur, nisi per costitutiones nostras, quae mo« dum dotalium instrumentorum introduxerunt ».

Da questa legge possiamo ricavare i principii che seguono:

1) La legittimazione per testamento può essere solamente ammessa, quando vi sono i requisiti di quella per rescritto dell' imperatore, e questo per una qualunque congiuntura non ha potuto essere impetrato durante la vita del padre. Che poi il padre abbia dovuto notoriamente manifestare in vita la volontà di voler legittimare, dal che sia stato impedito poscia, non è detto in questo luogo; solamente la Novella 89 dà a pensare alquanto con le parole: *si non valuerit id agere*; ma abbiamo già notato che questa novella costituzione non ha nulla modificato della prima, e

---

(h) *Marezoll*. Giornale di Giessen I. pag. 68.— V. anche *Wening*, §. 498 — *Mackeldey*, §. 554. not. (d).

che si debba pigliare nel medesimo significato di questa. Per ciò si mostra erroneo, essere la morte del padre dopo la formazione del testamento condizione di questa legittimazione; la parola *moriens* è di per sè poco valido sostegno.

2) Secondo principio è che il padre deve istituire il figlio naturale erede nel testamento suddetto, e dichiarare la sua volontà che egli debba essere figliuol legittimo. Che questo testamento, non sia testamento ordinario, e non contenga una vera istituzione di erede, ma solamente che il figlio debba valere quale erede *legitimus* ossia *ab intestato*, è opinione non vera. Testamento senza istituzione di erede, e vera istituzione, non esiste, e volerlo ammettere in questo caso, è contrario ai principii più sani del diritto; pur lasciando da banda che le parole stesse della legge accennano, nè potrebbe essere altrimenti, ad una reale istituzione di erede: *quatenus eos pater heredes scripserit.*

Viene da ciò che non si può giustificare l' altra conseguenza del *Marezoll* che in un simile testamento non possono essere istituiti eredi estranei. Falso è pure che non possa essere un testamento *parentum inter liberos*; l'argomento messo avanti è insussistente: giacchè i figli naturali valgono qui perfettamente come figli legittimi.

3) Finalmente il figlio naturale deve entrare nella eredità del padre, e, domandando il rescritto di legittimazione, deve provare nel tempo stesso la verità dei requisiti già decorsi nei n. 1. 2. Per la qual cosa accettiamo il principio che l' entrare nell' eredità è una *conditio sine qua non* della legittimazione *per testamentum.* Quando il *Marezoll* ammette che il figlio per andare al possesso de' beni ereditarii, ha bisogno di essere legittimato, segue la falsa opinione che qui si tratti di una successione *ab intestato* e non testamentaria. Solamente quando il padre espressamente o tacitamente mette per condizione al figlio la legittimazione, perchè divenga erede, allora può essere giustificabile il principio già enunciato del *Marezoll* (1).

IV. Fine della patria potestà.

§. 131.

A. Per emancipazione.

T. Inst. quibus modis ius potestatis solvitur (1. 12.). — T. D. de adoptionibus et emancipationibus (1. 7.). — C. de emancipationibus liberorum (8. 48.).

L'emancipazione è quell'atto volontario del padre per mezzo del quale un figlio di famiglia esce dalla patria potestà e addiviene *homo sui iuris.*

1) L'emancipazione è un atto essenzialmente volontario, e vi bisogna però la libera dichiarazione di volontà del padre di emancipare il proprio figlio (a); egli non vi può essere costretto, tranne nei seguenti casi:

a) quando gli si lascia qualche cosa a condizione che emancipi il figlio, o quando l'emancipazione è assegnata come *modo* in un legato; se per contrario ad un fidecommesso fosse aggiunto il modo: *ut filium emanciparet*, non si poteva, strettamente parlando, forzare il padre all'adempimento; ma per equità fu accettato *extra ordinem* il principio di obbligarlo ad adempirvi (b);

---

(1) *Vangerow*, Pandette I. §. 256.

(a) L. 8. si tabul. test. (38. 6.). — §. ult. Inst. h. t. Et quidem naturales liberi, neque adoptivi ullo poene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.

b) quando tratta suo figlio in modo crudele ed inumano (c);

c) quando un impubere adottato prova dopo esser giunto alla pubertà, che non gli sia compatibile l'adozione (d);

d) quando alcuno ha un figlio emancipato discolo, e da questo figlio ha nipoti che son soggetti alla patria potestà di lui, egli può istituire eredi questi nipoti a condizione che fossero emancipati dal loro padre (e).

2) È secondamente necessario l'assenso del figlio; ma non vi bisogna una formale dichiarazione della volontà, essendo sufficiente che il figlio non contraddica; perciò possono essere emancipati anche gl' infanti (f).

3) Finalmente si richiedono le esterne formalità, che variano secondo le tre specie di emancipazione: legittima, anastasiana e giustinianea. L'emancipazione legittima, abolita da Giustiniano, procedeva così: come per emancipare bisognava rigorosamente l'atto di manumissione, il padre non poteva emancipare il figliuolo, se non lo avesse avuto prima come mancipio; a questo scopo mancipava suo figlio ad un amico *fiduciae causa*, il quale dovea poscia rimanciparlo a lui, ed in tal modo egli acquistava il potere di manometterlo ed emanciparlo. Anastasio introdusse l'emancipazione per rescritto impetrato dal padre, e deposto presso il magistrato, e Giustiniano, abolendo l'antico diritto, determinò essere sufficiente la di-

---

(b) L. 114. §. 8. de legatis (30.) — L. 92. de cond. et de monst. (35. 1.).—L. 114. de leg. *Marc.* Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitnr hoc facere, potestas enim patria inaestimabilis est. — L. 92. de cond. *Ulp*...... Arbitror tamen extra ordinem debere constitni, enm, qui agnovit id, quod sibi relictnm est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendnm emancipare; neque enim debet circumveniri testantium voluntas.

(c) L. 5. si a par. quis man. (37. 12.). *Papin.* Divus Traianus filium, qnem pater male contra pietatem afficiebat, coëgit emancipare, qno postea defuncto pater, ut manumissor, bonorum possessionem sibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.

(d) L. 32. 33. de adopt. (1. 7.). *Papin.* Nonnumquam autem impnbes, qui adoptatus est, audiendus erit, ai pubes factus emancipari desideret; idque causa cognita per indicem statnendum erit. §. 1. Imperator Titus Antoninua rescripsit, privignum suum tutori adoptare permittendum. — L. 33. *Marc.* Et si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probaverit, aequum esse emancipari eum a patre adoptivo; atque ita pristinnm id recnperare.

(e) L. 16. §. 2. de curat. furios. (27. 10.). *Tryphon.* Potuit tamen pater et alius providere nepotibus suis, si eos inssisset heredes esse, et exheredasset filium; eique quod sufficeret, alimentorum nomine ab iis certum legasset addita causa necessitateque iudicii sui, ant si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparantur a patre prodigo.

(f) L. 5. C. h t. — N. 89. c. 11. — *Paul.* Recept. sent. II. 25. 5.

chiarazione del padre innanzi ad un magistrato competente *(apud acta)* (g).

4) L'emancipazione fa sì che il figlio di famiglia diventa *sui iuris;* i figliuoli dell'emancipato escono dalla patria potestà dell'avo e sono assoggettati a quella del padre loro. Intanto rimangono salde le relazioni che s'originano dalla natura stessa: così non si perde per quest'atto il diritto degli alimenti, e l'*obsequium* del figlio verso dei suoi genitori. Se vi è un peculio profettizio, il figlio ritiene per sè questo patrimonio, quando il padre non ne prende conto nell'atto della emancipazione; se il peculio invece è avventizio, il figlio emancipato acquista dal momento dell'emancipazione il diritto assoluto, terminando così l'usufrutto del padre di famiglia, sebbene Costantino abbia rilasciato a questo il terzo, e Giustiniano la metà dell'usufrutto come *premium emancipationis.*

Nell'antico diritto l'emancipazione cagionava la perdita dei diritti di agnazione, e per conseguenza cadeva il diritto della successione legittima; ma quando all'agnazione fu sostituita la cognazione, gli emancipati furono chiamati in concorrenza co' *sui heredes* (h).

§. 132.

B. Per altri motivi.

La patria potestà può estinguersi involontariamente pe' seguenti motivi :

1) per morte di colui che la esercita, ma questo è solamente vero pei figli; poichè i nipoti ch'erano sotto la patria potestà di lui, cadono sotto quella del loro padre, e non addivengono come quest'ultimo *sui iuris;*

2) *per capitis deminutionem maximam et mediam.* Ma se il padre addivenisse prigione di guerra il suo diritto di patria potestà sarebbe solamente sospeso, e rivivrebbe per effetto del *ius postliminii;*

3) per dignità, quando si veniva assunto all'ufficio publico di grande

---

(g) L. 5. L. 6. C. h. t. *Iustin.* Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et iniuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus; iubemus, huiusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal, vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere, et legitima iura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit, et peculium donare, vel alias res liberalitatis titulo in eos trasferre, et eas res, quae acquiri indignantur, per usumfructum secundum nostrae constitutionis modum detinere, et omnia facere, vana tantummodo, secundum quod iam dictum est, observatione sublata. — Ved. §. 6. Inst. h. t.

(h) L. 4. §. 10. de gradib. (38. 10.). — L. 11. C. de leg. hered. (6. 58.). — §. 9. 11. 12. Inst. de hered. quae ab intest. (3. 1.). — Nov. 81. c. 2. Ved. vol. II. cap. 2.

importanza, come al patriziato, alla degnità di vescovo, e in questi casi il figlio conservava il suo peculio (a);

4) per pena, qualora il padre avesse esposto il proprio figlio, ovvero avesse dato mano al disonore della figlia (b);

5) finalmente l'estinzione della patria potestà poteva avvenire per parte del figlio e propriamente per morte, per la perdita della cittadinanza e della libertà; ed in fine v'era un cambiamento di potestà, e però una relativa estinzione, per la sottomissione del figlio ad un'altra patria potestà: come avveniva anticamente per la *manus* e pel *mancipium*, e nel nuovo diritto ancora per adozione e per l'arrogazione del padre.

CAPITOLO III.

DELLA TUTELA

TT. Inst. I. 13-26; — D. XXVI. XXVII.; — C. V. 28-75; — *Gai.* Inst. I. §. 142-200. — *Ulp.* XXII. — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. III. lib. XV. c. 18-22.; — *Faber*, iurisprud. Papin. tit. 13-26. — *Le Fort*, essai historique de la tutelle en droit Romain, Geneve 1850.

§. 133.

I. Concetto della tutela.

I. Può avvenire che le leggi riconoscano la qualità di *sui iuris*, e sieno quindi costrette a concedere la padronanza di sè stesse a persone, le quali per altre circostanze, come per difetto di età, mancano di attitudine onde provvedere ai proprii interessi. Un'indipendenza assoluta, prima che per legge e per natura non sia compito il pieno sviluppo fisico ed intellettivo di un individuo, è pericolosa in riguardo sia agl'interessi di così fatte persone, sia a quelli dei loro eredi.

1) Secondo il diritto civile gl'impuberi e le donne, che per qualunque caso, potevano non essere sottoposti alla *potestas*, alla *manus*, o al *mancipium*, erano, quantunque *sui iuris*, limitati nello esercizio de' loro diritti (§. 19.). Perchè si potesse supplire al difetto della capacità di operare, la legge rese tali persone soggette ad un' altra autorità detta tutela,

---

(a) §. 4. Inst. h. t. (I. 12.). Filiusfamilias si militaverit, vel si senator vel consul fuerit factus, manet in patris potestate: militia enim vel consularis dignitas a potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra (L. 5. C. de consul.) summa patriciatus dignitas, illico imperialibus codicillis praestitis, filium a patria potestate liberat. — L. 5. C. de Cons. (12. 3.). — Nov. 81. — L. 66. C. de decurionib. (10. 31.).

(b) L. 5. C. de inf. exp. (8. 52.).

patrocinio; *tutores* furon detti coloro che l'esercitavano, *pupilli* gl'impuberi sottoposti; e, secondochè riguardasse le donne o gl'impuberi, fu detta *tutela mulierum*, e *tutela impuberum*. La prima cessò nel diritto posteriore, e rimase la tutela degl'impuberi (a).

2) La tutela vale a compiere la capacità del pupillo; qualunque atto questi intraprenda, avrà sempre il carattere di un fatto naturale, il quale per addivenire giuridico ha bisogno dell'intervento del tutore, *interpositio auctoritatis*, addivenendo il tutore l'*auctor* dell'intrapresa azione: così il pupillo con l'interposizione del tutore viene a formare una persona compiuta rispetto alla capacità di operare.

3) Con l'incapacità di compiere atti civili, l'impubere ha l'incapacità di amministrare i proprii beni; e però la tutela oltre all'ufficio di dare autorità alle azioni dell'impubere, ha quello dell'amministrazione dei beni.

4) Quest'autorità del tutore molto differisce da quella del padre di famiglia; poichè questa è mantenuta dalle leggi in interesse del padre piuttosto che del figlio, nè la potestà paterna dà valore giuridico agli atti del figlio; laddove l'autorità che nasce dalla tutela, è creata in favore speciale di coloro sui quali si esercita. La tutela fu nel diritto posteriore considerata quale *munus publicum*, e fu definita per quella relazione di due persone, mercè cui l'una deve regolare le faccende e compiere l'imperfetta personalità dell'altra, incapace per le proprie qualità personali.

II. Vi sono altre persone le quali, sebbene capaci a compiere un atto giuridico, sono nondimeno considerare di limitata capacità nell'amministrazione de' loro beni: queste sono i *pubes*, i furiosi, i prodighi, i quali tutti, non appena compivano il quattordicesimo anno, *ipso iure* acquistavano il diritto d'imprendere di per sè atti legali (§. 19). Onde per queste persone non trattavasi d'imperfetta capacità, ma sibbene temevasi d'una amministrazione improvida e poco sicura, e però furon dati a costoro semplici amministratori; nè era possibile dar loro un tutore, non essendovi bisogno di compiere la personalità, che in dette persone la legge ammetteva perfetta. Quest'amministrazione data per legge è detta *curatio*, cura, e l'amministratore *curator*.

La differenza adunque che corre tra tutela e cura è, che la prima consiste massimamente nell'ufficio d'interporre l'autorità per compiere l'imperfetta capacità di operare *(auctoritas)*; mentre alla cura non appartiene

(a) L. 2. pr. §. 1. de tutelis (26. 1.): *Paul.* Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac promissa. §. 1. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt; itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur.—Ved. §. 1. 2. Inst. de tutelis (1. 13.).—Ved. Appendice VIII. alla fine del presente capitolo.

l'*auctoritas*, ma solamente l'amministrazione dei beni di colui ch'è creduto per le sue qualità personali incauto nell'operare. Gli atti intrapresi da coloro che sono sottoposti alla tutela sono privi di qualunque valore giuridico, ed addivengono legali con l'*interpositio auctoritatis* del tutore; ma quelli fatti dai sottoposti alla cura, sono già per sè fatti giuridici.

ANNOTAZIONE

Una strana opinione è messa innanzi dallo *Schweppe* (b) sul proposito della differenza tra tutore e curatore. Egli afferma nascere dalla tutela una *potestas* civile, per cui l' impubere perde ogni sua indipendenza e viene assorbito dalla persona del tutore; ed essere per contrario la cura un istituto pretorio, da cui non nasce *potestas*, e perciò nè meno unità personale.

Se volessimo dare alla parola *potestas* un significato volgare, non sarebbe difficile andare d' accordo, poichè dalla tutela in certo modo viene una maniera di subordinazione del pupillo al tutore, ed in questo significato sono da prendere le parole di Servio nel testo sopraccitato. Ma che i giureconsulti romani, od alcuno di essi, abbiano mai avuto il pensiero di dare alla *potestas* del tutore il medesimo valore della *potestas* del padre di famiglia o della *manus mariti* è del tutto erroneo, qualora si esamini la cagione che fè nascere la tutela. Mentre la *potestas* nel suo concetto fondamentale consiste in ciò, che colui che vi è sottoposto non ha, nè può avere interesse alcuno, ma tutto ciò che dovrebbe venire a lui, avvantaggia quello che esercita la *potestas* medesima; nella tutela al contrario l'interesse ed il vantaggio è tutto di colui che vi è soggetto; ed anche quando nell' antico diritto la tutela era rigorosamente un diritto, non era perciò una *manus* o una *potestas* nel più stretto significato, ma bensì un diritto di patrocinio. Che poi la tutela fosse una istituzione civile, e la cura un istituto del diritto pretorio è interamente falso: giacchè la cura è ricordata nelle leggi delle XII Tavole. È vero che lo *Schweppe* si è salvato da questo errore coll' aggiungere essere stata la *cura furiosorum et prodigorum* delle XII Tavole una tutela dapprima, che più tardi assunse il carattere di una cura: ma è questa un' opinione tutta propria, nè punto provata.

Il concetto de' Romani per la tutela era certamente quello che fu già da noi esposto. Gl'impuberi e le donne erano stimate quali persone imperfette, e questo giudizio poteva benissimo discendere dal pensiere, che colui che per propria natura e condizione non è atto alle armi, non ha perfetta la capacità personale, tranne coloro, che sono inetti per cause accidentali: come l'ammalato, lo storpio, il cieco e simili: giacchè questi non sono incapaci assolutamente a portare le armi, e però non hanno personalità imperfette. Le persone adunque incapaci a difendersi validamente han bisogno del patrocinio di un *uomo*: e questo è il primo concetto storico della tutela. Quest' uomo è il tutore che difende e compie in uno l' imperfetta personalità della donna e dell' impubere per mezzo della sua *auctoritas* (da *augere* accrescere, compire). Naturalmente ciò era quando l' impubere e la donna fossero *sui iuris;* imperocchè se tali non fossero, dell' *auctoritas tutoris* non abbisognavano; è anzi impossibile che si desse un tutore alla persona dell' *homo alieni iuris*, ch'era veramente assorbita da colui che teneva la *potestas* nel più stretto significato civile.

(b) *Schweppe*, nel suo Magazzino giuridico, n. 7.

Tutt' altro è poi della cura, il cui fondamento principale è l' amministrazione de'beni: è possibile anche che il curatore s'interponga nelle azioni di chi ha in cura: ma questa interposizione non piglia carattere d' *auctoritas* o di *potestas*, sibbene quello di *consensus*, che non serve a compire una personalità imperfetta come l'*auctoritas*. È vero che in molti punti le regole sono le medesime e nella tutela e cura, le quali finalmente convengono in ciò che ambedue sono protezione, sostegno per coloro che han bisogno dell'aiuto altrui per peculiari condizioni personali.

La distinzione si fa manifesta nelle leggi. Di fatti ogni tutore ha diritto d'interporre la sua autorità: « Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt » (d). Il curatore al contrario non può interporre autorità, e sebbene in qualche luogo l' assenso di lui è chiamato *auctoritas*, è questa una improprietà di linguaggio: poichè quando si parla dottrinalmente è messa debita distinzione tra *auctoritas* e *consensus* come si scorge dalla iscrizione del titolo DE AUCTORITATE ET CONSENSU *tutorum et curatorum* (e). Così quando un impubere per eccezione abbia un curatore, e avviene ch'egli abbia da operare da sè stesso come a mo' d'esempio debba adire una eredità, dev'essere assolutamente nominato un tutore, perchè il curatore non può dare l' autorità richiesta.

II. Della tutela.

A. Conferimento di essa.

§. 134.

1] Della tutela testamentaria.

T. Inst. de tutelis (1. 13.); — qui testamento tutores dari possunt (1. 14.); — D. de testamentaria tutela (26. 2.); — C. h. t. (5. 28.).

Uno dei modi di conferire la tutela è lasciarla nel testamento, e però è detta testamentaria, e viene dal diritto che ha il padre di nominare un tutore per suo figlio nel testamento. Questa è di due specie: tutela testamentaria perfetta, ed imperfetta, o *minus quam perfecta*.

I. Le leggi delle XII Tavole davano facoltà al padre di famiglia di nominare nel proprio testamento un tutore pel figliuolo; onde questa tutela suppone che il padre avesse avuto su lui fino al punto della morte la patria potestà; secondariamente è necessaria la formazione di un testamento con la nomina del tutore, ovvero la nomina può esser fatta in un codicillo, purchè questo non sia *ab intestato:* e, come esser chiamato tutore in un testamento val tanto, quanto istituito erede, conseguentemente per essere validamente chiamato alla tutela, bisogna avere la *testamenti factio passiva*, o la idoneità di poter succedere per testamento (a). Una temporanea incapacità non nuoce, potendosi attendere, finchè il tutore nominato nel testamento addivenga idoneo, e conferire ad altri nel frattempo, e sussidiariamente la tutela dativa (b). La tutela testamentaria può esser data anche sotto condizione, ma ad ogni modo non si potrà mai nominare un tutore speciale, dovendosi affidar sempre una tutela universale (c).

(d) *Ulp.* XI. 23. — Ved. L. 18. pr. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 49. de acq. (29. 2.).

(e) L. 1. §. 2. 3. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 2. C. qui leg. pers. in iud. (3. 6.). — L. C. de adm. tut. (5. 37.).

II. Quando in una tutela testamentaria manca alcuno degli anzidetti requisiti, essa può nondimeno esser confermata dal magistrato, ed allora dicesi tutela testamentaria imperfetta introdotta dal diritto pretorio; essa avviene in questi casi:

1) Quando il padre ha assegnato un tutore pel figliuolo emancipato, nel qual caso, essendo estinta la patria potestà per mezzo della emancipazione, mancava al padre il *ius dandi* secondo il diritto civile. Questa tutela può essere confermata *sine praevia inquisitione*, indifferentemente se il figlio emancipato fosse istituito erede o diseredato (d). Similmente quando il padre nel testamento ha prescritto un tutore pel figlio naturale, la tutela può esser confermata *praevia inquisitione*; ma, se al detto figliuolo non fu lasciato nulla nel testamento, la tutela rimane senza effetto (e). Se il padre ha nominato il tutore in un codicillo non confirmato, ovvero in un *testamentum iniustum o imperfectum*, la tutela testamentaria può esser mantenuta valida *sine praevia inquisitione* (f). Quando il tutore

---

(a) L. 3. pr. 21. h. t. — L. 3. pr. h. t. *Ulp.* Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. — L. 21. h. t. *Ulp.* Testamento tutores hi dari possunt, quibus testamenti factio est. — L. 1. pr. h. t.: *Gai.* Lege XII. tabularum permissum est parentibus liberis suis, sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare. — conf. *Ulp.* XI. 14. — ved. not. (f).

(b) §. 2. Inst. (1. 14.). — §. 2. Inst. qui test. tut. dari poss. (1. 14.). Furiosus vel minor XXV annis tutor testamento datus tunc tutor erit, quum compos mentis, aut maior XXV annis factus fuerit.

(c) §. 3. 4. Inst. h. t. — L. 12-15 h. t. *Ulp.* Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus; L. 13. *Pomp.* Etsi datus fuerit, tota datio nihil valebit. L. 14. *Marc.* Quia personae, non rei vel causae datur. L. 15. *Ulp.* Si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriaticae, utilis datio est; hoc enim iure utimur.

(d) L. 1. §. 1. h. t. — §. 5. Inst. h. t. Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia praesidis omnimodo, id est sine inquisitione.

(e) L. 7. de confirm. tut. (26. 3.). *Hermog.* Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.

(f) L. 1. §. 1. L. 3. eod. *Modest.* Sunt quidem dati recte tutores secundum testamenta, id est, et a quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet. Pater enim filiis, vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tutorem, sed in testamento. Si autem fuerit persona talis, quae non potest dare, velut mater aut patronus aut extraneus quis, aut stesso ha scritto la propria nomina in contraddizione del senatoconsulto Liboniano, non può esser certamente un tutore testamentario; ma può venir confermato *praevia inquisitione*. Se poi nel medesimo testamento sono nominati altri tutori, egli varrà come curatore (g).

2) Se il tutore è assegnato dalla madre, non può certamente esser questa una valida nomina secondo il diritto civile, poichè non avendo la patria potestà, le manca per conseguenza il *ius dandi*. Una tale tutela può esser confermata dal magistrato dopo un' inchiesta, quando la testatrice ha veramente istituito suo figlio erede nel testamento (h).

3) Quando un terzo ha nominato un tutore nel suo testamento per un impubere, che egli ha istituito erede, la tutela può esser confermata dal magistrato *praevia inquisitione* (i).

Confermato che sia il tutore in uno di questi casi, non verrà propriamente considerato come tutore testamentario, ma sibbene come tutore dativo. Il conferimento di questa tutela ha per origine la conferma del magistrato, e da questo momento solo incomincia a correre il perentorio per le scuse legittime (k).

---

persona cui non potest dari, veluti si pater filio non existenti in potestate, aut filiae dederit, aut si dixerit: *precor te curam habere rerum*, aut in codicillis non confirmatis dederit tutorem, vel curatorem, tunc, quod deficit, repleri a consulari potestate constitutiones concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores. — L. 2. C. h. t.

(g) L. 29. de testam. tut. *Papin.* Ex sententia Senatusconsulti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit. Quum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi, nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam promisisse videbatur nec ut suspectum removeri. — L. 18. §. 1. de leg. Corn. de fals. (48. 10.).

(h) L. 4. de test. tut. (26. 2.). — L. 1. §. 2. — L. 2. pr. de conf. tut. (26. 2.). *Negat.* Mulier liberis non recte testamento tutorem dat; sed si dederit, decreto Praetoris vel Proconsulis ex inquisitione confirmabitur, nec satisdabit pupillo rem salvam fore. — L. 4. qui petant. (26. 6.). — L. 1. C. h. t.

(i) L. 4. 5. de conf. tut. (26. 3.). *Paul.* Si patronus, vel quis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus, non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem item dilexit, ut eum heredem institueret. — L. 5. *Papin.* Tutores a patrono testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare; hi cautionem quoque accipere debuerunt, nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratuum excusat. Praetor denique non ante decretum interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis. Unde sequitur, ut, si tutelae tempore solvendo non fuerunt, in id quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

(k) L. 40. 58. §. 2. de admin. et per tut. (26. 7.). *Scaev.* Testamento dati tutores, quod ruptum videbatur, cessaverunt in administratione tutelae, et a Praeside tutor datus est pupillo; iussi autem sunt etiam hi, qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare coniuncto eo, qui a Praeside datus coeperat administrare; quaesitum est, ex testamento datos periculo antecedentis temporis administrationis utrum ex apertis tabulis, an ex quo iussi sunt, pertineat ad eos? Respondit, ad eos, de quibus quaereretur, nullum antecedentis temporis periculum pertinere. — L. 1. C. de test. tut. (5. 28.).

Dalla conferma del magistrato incominciano i suoi diritti ed i suoi obblighi; sicchè egli prima della conferma non amministra, nè è tenuto pei pericoli delle omissioni; se amministra, può esser chiamato in giudizio non come tutore con l' *actio tutelae*, ma come gestore di affari con l' *actio negotiorum gestorum*. In questo si distingue il *tutor confirmandus* dal *tutor testamentarius*; mentre in tutti gli altri casi non v'ha distinzione alcuna, poichè egli non solo ha preferenza sopra i legittimi, il che lo distingue ancora dal vero tutore dativo; ma non può scusarsi altrimenti, che rinunciando alla porzione ereditaria od al legato (l).

§. 135.

2) Della tutela legittima.

T. Inst. de legitima agnat. tutela (1. 15.); — de legitima parentum tutela (1. 18.). — C. quando mulier tut. off. fungi pot. (5. 35.).

1) Quando non vi è testamento, o nel testamento non è nominato un tutore, od anche quando viene a mancare il tutore testamentario, allora ha valore la massima, *ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet*, e però vengono chiamati alla tutela i più prossimi parenti secondo l' ordine di successione (a). Nelle antiche leggi era chiamato il più prossimo agnato, essendo l'agnazione fondamento e misura della successione *ab intestato*; come ancora il diritto della tutela legittima era dato al *parens* ed all'*extraneus manumissor* (*tutela fiduciaria*). Sendo, nel diritto posteriore chiamati i cognati all'eredità *ab intestato*, sono quindi designati alla tutela i parenti secondo l' ultimo ordine di successione (b).

(l) L. 28 pr. de testam. tut. (26. 2.). *Papin.* Qui tutelam testamento mandatam excusationis iure suscipere noluit, ab his quoque legatis ammovendus erit, quae filiis eius relicta sunt, modo si legata filii non affectione proprio, sed in honorem patris meruerunt. — L. 3. C. quando mul. (5. 35.). — L. 11. h. t. — L. 32-33 de excus. (27. 1.). — Nov. 89. c. 14. — Nov. 118 c. 5.

(a) Inst. in fin. (1. 17.). — L. 6. h. t. (26. 4.). — L. 6. de leg. tut. (26. 4.). *Paul.* Intestato parente mortuo agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit; quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicimus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit, nam tutela eius ad agnatum revertitur.—§. 2. Inst. de legit. agn. tut. (1. 15.).

(b) Nov. 118. c. 5.: Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, et quae de tutela sunt, manifeste consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis quique ex masculorum, quique ex femina-

2) La tutela era nell' antico diritto un *munus civile*, e la donna non poteva conseguire una tutela legale, nè esser nominata tutrice in un testamento, sebbene qualche volta ciò era per privilegio concesso alla madre (c). Questo stato cambiò per ordine di Valentiniano II. Teodosio I. e Arcadio, onde in alcune condizioni la madre ebbe diritto alla tutela (an. 390) (d). Alla costituzione di questi principi si rannodano le leggi di Valentiniano III. e Teodosio II. e finalmente di Giustiniano (e). Secondo quest' ultime leggi il diritto della tutela legittima trovasi per le donne ordinato come segue:

a) Solamente la madre e l' ava sia paterna sia materna, possono essere idonee alla tutela legittima dei figli legittimi o naturali; esse hanno preferenza sui parenti collaterali, ma non sul padre o sull' avo paterno; la madre ha preferenza sull' ava paterna e sull' avo materno, la prima concorre con quest' ultimo; l' ava paterna e la materna non si escludono, ma possono assumere insieme la tutela.

b) La madre e l'ava non hanno l'obbligo della tutela, ma solamente il diritto, onde per ricusare non han bisogno di scusa legittima, e non sono tenute di nulla per un' amministrazione omessa. Questa tutela ha la singolarità che le relazioni obbligatorie tra madre e figlio non fanno ostacolo (f).

3) La tutela della madre e dell' ava è sottoposta alle seguenti condizioni: 1) Esse devono promettere di non procedere a seconde nozze: ma il giuramento richiesto fu tralasciato da Giustiniano (g).

2) Esse devono rinunciare ad *omne auxilium* e al beneficio del SCto Velleiano.

3) Non essendovi ipoteca legale, devono dare in pegno tutti i loro beni.

4) La tutela della madre e dell' ava materna si estingue con la celebrazione del secondo matrimonio, e se prima di questo, chi di esse sia

---

rum proie descendunt minori coniuncti. Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint, et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibi utantur. Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani SCti renuntiant. Haec enim servantes omnibus a latere cognatis quoad tutelam praeponuntur, testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas; defuncti namque voluntatem et electionem praeponi volumus.

(c) L. 18. de tut. (26. 1.). *Nerat.* Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent.

(d) L. 2. C. quando mulier (5. 35.).

(e) L. 6. ad SC. Tertull. (6. 56.). — L. 6. C. in quib. caus. pign. (8. 15.). — L. 3. C. h. t. — L. 4. C. de confirm. tut. (5. 29.). — Nov. 22. c. 38. 40. — Nov. 94. praef. c. 1. 2. — Nov. 115. — Nov. 118. c. 5. ved. not. b.

(f) Nov. 94. c. 1.

(g) Nov. 94. c. 2.

tutrice non ha dato i conti, non solo comincia un' ipoteca legale sul suo patrimonio e su quello del secondo marito, ma si applicano a lei le pene della violazione dell' anno di lutto (h).

ANNOTAZIONI

È controverso se la tutela legittima del *parens manumissor* e la fiduciaria dei *liberi manumissoris* sia cessata per la Novella 118. Quanto alla tutela fiduciaria dell'*extraneus manumissor* è indubitato che nella legislazione giustinianea non è più: giacchè la tutela fiduciaria di chi manumetteva una donna cessò fin da quando ebbe termine la *coemtio* e la *conventio in manum;* e caduta l'antica forma dell'emancipazione, cessò pure la tutela fiduciaria dell'*extraneus manumissor* sull'emancipato. Ma nel §. ult. Inst. de leg. agnat. succes. (3. 2.) Giustiniano ordinò che anche nella nuova forma di emancipazione, il padre che emancipa, deve avere i medesimi diritti dell'antico *parens manumissor*: così la tutela legittima (fiduciaria) *parentis manumissoris*, e la fiduciaria dei *liberi manumissoris* sono rimaste intatte, e hanno tuttora pratica importanza nel citato passo delle Istituzioni.

Ciò premesso, molti degli antichi giuristi e qualcuno moderno pretendono che queste tutele fossero state assorbite nella *legitima cognatorum tutela* della Novella 118 (i); cosicchè dopo questa costituzione non si dovrà più fare distinzione, se l'impubere fosse o no emancipato. Se si considera attentamente a quali conseguenze porterebbe questa opinione, non si mancherà di accettare la contraria sostenuta da molti recenti giuristi, che hanno in ciò seguito l'esempio del *Thibaut*. La ragione è, che Giustiniano con la Novella 118 ebbe intenzione di sostituire la *legitima cognatorum tutela* all'antica *agnatorum*, e non poteva quindi toccare una tutela fondata sopra altri principii. Le positive differenze delle due opinioni sono, che secondo quella del *Thibaut*, il padre ch' emancipa, è chiamato alla tutela prima degli altri cognati; laddove secondo l' altra opinione, concorrerebbe con tutti coloro, i quali son chiamati con lui alla successione, ossia con la madre e col fratello dell' emancipato. Adunque mentre la madre secondo gli ordinamenti di Giustiniano esclude ogni parente collaterale ossia i fratelli, secondo la seconda opinione il padre avrebbe un diritto inferiore; perciocchè non escluderebbe i collaterali, ma verrebbe in concorrenza coi fratelli dell' emancipato.

§. 136.

3) Della tutela dativa.

T. Inst. de Atiliano tutore (1. 20);— de tutor. et curat. datis (26. 5); — qui petant tut. vel curat. (26. 6.). — C. qui pet. tutores vel curatores (5. 31.): — ubi petantur tutores vel curatores (5. 32.): — qui dare tutores vel curatores possunt (5. 34.).

1) La tutela dativa, la quale consiste nella nomina del tutore fatta dal magistrato, era sconosciuta nell' antichissimo diritto romano; imperocchè, sendo la tutela un diritto di famiglia, non stava nella competenza

---

(h) Nov. 22. c. 40.

(i) ***Rudorff***, il diritto di tutela, 3. vol. Berl. 1832-34. I. pag. 243.

del magistrato il conferire ad arbitrio un diritto ad uno anzichè ad un altro. Affinchè il magistrato potesse avere questa facoltà era mestieri di una legge speciale. Tale fu la legge Atilia, che dette al Pretore la facoltà di assegnare un tutore, onde questi fu detto *Atilianus tutor*; questa facoltà fu estesa ai Presidi delle provincie dalla legge Giulia e Tizia, e finalmente fu concessa alle altre magistrature (a).

Nella legislazione giustinianea il magistrato nomina il tutore per un impubere nei seguenti casi:

a) Quando non vi è tutore nè testamentario nè legittimo.

b) Quando la tutela fu conferita ad un tutore testamentario o legittimo, e questi si tolse d'impegno per iscusa necessaria o volontaria prima o dopo l'accettazione della tutela (b). Se il conferimento della tutela è nullo nel suo principio, come se a mo' d'esempio fosse data ad una persona non idonea, non ha luogo in questo caso la tutela dativa, ma quella legittima passa al susseguente parente (c).

c) Quando un tutore è rimosso come sospetto (d). Se al contrario il tutore viene a mancare per altri motivi, come per morte o *per capitis deminutionem*, ovvero coll'avvenimento di una condizione risolutiva per una tutela testamentaria, ha luogo una successione nell'ordine dei parenti legittimi, anzichè una tutela dativa; salvo il caso quando vi son molti tutori ed uno di essi viene a mancare; giacchè allora in luogo di colui che manca, si mette un *tutor dativus* (e).

d) Finalmente è nominato dal magistrato il tutore ogni qual volta si passa sopra la massima *tutorem habenti tutor non datur*; ossia quando bisogna sostituire un altro al tutore mancato; quando vi è lite tra tutore e pupillo, ed il Pretore nomina un tutore *ad hoc* (*tutor praetorius*); quando bisogna assegnare un tutore per un tempo determinato, ovvero per un solo affare ec., in molti casi, potendosi fare a meno del tutore, concedesi in tali emergenze un curatore (f).

(a) Pr. Inst. h. t. Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a praetore urbano, et maiore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia.

(b) L. 17. de tut. (26. 1.). — L. 11. §. 1. de test. tut. (26. 2.). *Ulp.* Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. §. 3. Idem dicimus, et si fuerit remotus, nam et hic idcirco abit, ut alius detur.

(c) L. 10. pr. de leg. tut. (26. 4.). — L. 73. pr. §. 1. de R. Iur. (50. 17.). *Scaevol.* Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt, §. 1. Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, quum moritur, habuit habiturusve esset, si vixisset.

(d) L. 11. §. 2. de test. tut. (26. 2.). — ved. not. (b).

(e) L. 11. §. 3. 4. de test. tut. *Ulp.* Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit, quia hic Senatusconsultum cessat. §. 4. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit, vel in civitate esse desiit, poterit dari alius; ceterum si nullus supersit, vel in civitate sit, legitima tutela succedit. — L. 6. de leg. tut. (26. 4.). — §. 2. Inst. de leg. agn. tut. (1. 15.).

Il magistrato deve *ex officio* provvedere di tutore il pupillo, ovvero ad istanza privata. Hanno facoltà d' impetrare la tutela dal magistrato i parenti, gli amici, gl'istitutori ed i creditori del pupillo. La madre al contrario ed i più prossimi parenti che non possono o non vogliono accettare la tutela, hanno lo stretto obbligo di domandare il tutore pel loro pupillo, ed in caso di omissione essi perdono il diritto di succedere (g).

B. Dell' accettazione della tutela.

§. 137.

1) Incapacità e scuse necessarie.

Similmente come nel diritto di successione si possono avere nella tutela due specie d' incapacità, quelle per le quali qualunque conferimento della tutela è impossibile, e quelle nelle quali la tutela è già conferita, ma non si può esercitare; nel primo caso il conferimento della tutela va all' altro, che possa avere il diritto ad essere chiamato, e che sarebbe stato chiamato, se non si fosse trovato l'incapace; mentre nel secondo caso ha luogo sempre un *tutor dativus*; nel primo caso si ha la incapacità assoluta, nel secondo si hanno le scuse necessarie.

I. Sono strettamente incapaci oltre gli schiavi e i peregrini:

1) le donne, salvo la madre e l'ava sempre che si tratta della tutela legittima; ma se esse non vogliono far uso del loro diritto, non si può conferir loro una tutela dativa (a);

(f) L. 27. p. de test. tut. — L. 21. §. 4. — L. 37. de excus. (27. 1.). — L. 9. C. qui petant. (5. 31.). — L. 4. C. in quib. caus. tut. hab. (5. 36.). *Valerian.* et *Gallien.* Licet tutorem habenti tutor dari non potest, tamen certis ex causis, alius idoneus substitui sententia competentis iudicis solet in locum suspecti, qui convictus ac remotus est, et in locum excusati vel defuncti vel relegati tutoris. — §. 5. Inst. de curat. (1. 23.).

(g) L. 9. §. 5. de off. procons. (1. 16.). — L. 2. pr. §. 1. 2. qui pet. tut. (26. 6.). — L. 1. 4. 5. C. qui pet. tut. (5. 31.). — L. 2. §. 28. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.). *Theod.* et *Valent.* Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam esse.

(a) L. 16. pr. *Gai.* Tutela plerumque virile officium est. — L. 18. de tut. (26. 1.). *Nerat.* Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutela specialiter postulent. — L. 1. C. quando mul. (5. 35.) — confr. L. 10. pr. de leg. tut. (26. 4.). — L. 73. de R. J.

2) i vescovi e i monaci (b);

3) il soldato; poichè se egli ha accettato per errore una tutela, è considerato come un comune gestore di affari, e quindi può esser chiamato, se bisogna, in giudizio non con l' *actio tutelae*, ma con l'*actio negotiorum gestorum* (c);

4) i minorenni prima di Giustiniano non erano assolutamente incapaci, ma avevano solamente una scusa necessaria: perciò la tutela poteva esser loro conferita, ma, finchè restavano nella minorità, si nominava un tutore dativo o un curatore (d). Giustiniano ordinò invece che un minore non poteva essere chiamato alla tutela (e); sicchè secondo quest' ultimà disposizione, bisognerebbe dire, che quando il minore è chiamato per legge alla tutela, questa ricade all' altro prossimo parente dell' impubere; se poi il minorenne è nominato tutore nel testamento, bisogna pigliar la nomina come una *datio* condizionata, cosicchè sarà la tutela conferita a lui definitivamente, quando avrà raggiunto la maggiore età, e fino a quel tempo il Pretore assegna un tutore provvisionale (f).

II) Hanno al contrario solamente una scusa necessaria:

a) i furiosi, i muti, i sordi, i ciechi, ed altri i quali per malattia sieno inabili all' amministrazione, a questi si aggiunga il prodigo dichiarato, ch' è assomigliato interamente al furioso (g);

b) chi viveva in una capitale inimicizia col padre del pupillo, senza che mai ne sia seguita conciliazione alcuna (h) ; questa è supposta quando dopo la inimicizia il padre ha testato nominandolo tutore (i);

(b) Nov. 123. c. 5.

(c L. 4. C. qui dare tut. (5. 34.). *Philip.* Militiae armatae muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo, etsi voluerit, tutor vel curator fieri potest; sed si errore ductus res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur.

(d) L. 9. §. 1. de tut. et rat. distr. (27. 3.). — L. 10. §. 7. de excus. (27. 1.).— §. 13. Inst. de excus. (1. 25.). Item maior septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem vigintiquinque annis olim quidem excusabantur, a nostra autem constitutione (L. 5. C. de leg. tut. (5. 30.) prohibentur ad tutelam vel curam adspirare , adeo et nec excusatione opus sit; qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus, quum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur aliorum tutelam vel curam subire.

(e L. 5. C. de leg. tut. (5. 30.). — ved. not. antec.

(f) L. 32. §. 2. de test. tut. (26. 2.). — §. 2. Inst. qui dare tutores (1. 14.). *Paul.* Furiosus vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tunc tutor erit, quum compos mentis, aut maior vigintiquinque annis factus fuerit.

(g) L. 1. §. 2. 3. — L. 17. de tut. (26. 1.). *Paul.* Complura Senatusconsulta facta sunt , ut in locum furiosi , et muti , et surdi tutoris alii tutores dentur. — L. 10. §. 1. de leg. tut (26. 4.). — L. 40. de excus. (27. 1.). *Paul.* Post susceptam tutelam coecus, aut surdus , aut mutus , aut furiosus, aut valetudinarius deponere tutelam potest. — L. un. C. qui morbo se exc. (5. 67.).

(h) §. 9-11. Inst. de excus. (1. 25.). Item si propter inimicitias aliquem testamento tuto-

c) quando tra il padre del pupillo ed il tutore, o tra questo ed il pupillo eravi *controversia de statu* (k). Lo stesso valeva, quando tra il pupillo ed il tutore designato vi era una lite su tutto il patrimonio, sopra una parte importante del medesimo, o sopra un'eredità (l). Questa regola fu immensamente ampliata nel diritto nuovissimo da Giustiniano, ordinando, che niuno poteva esercitare l'ufficio di tutore, che avesse un qualche vincolo di obbligazione col pupillo sia come creditore, sia come debitore; nel primo caso il tutore deve provare il suo credito durante il perentorio delle scuse, e, se dissimula il suo stato di creditore nell'accettare la tutela, per pena perde la sua azione, rimanendo una sola *obligatio naturalis*. Se al contrario il tutore designato dice d' essere debitore, allora sarà valida la scusa quando sarà liquidato il debito; se egli tace di questa sua condizione ed accetta la tutela, non è liberato dal debito suo, nè per pagamento, nè per altri modi di estinzione. Se il tutore diventa creditore durante la tutela, non la perde perciò, ma gli si aggiunge un altro tutore o curatore (m);

d) quando il padre e la madre nel testamento hanno escluso uno dalla tutela (n);

e) colui che s' introdusse nella tutela per mezzo di donativi (o);

---

rem pater dederit, hoc ipsum praestat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserunt. §. 10. Non esse autem admittendam excusationem eius, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt. §. 11. Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum, vel adultorum exercuit, si capitales fuerint, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare. — L. 6. §. 17. de excus. (27. 1.). — L. 8-10 de confr. tut. (26. 3.).

(i) L. 6. §. 17. pr. de excus. (27. 1.). *Modest.* Dat remissionem tutelae et capitalis inimicitia a creato facta adversus patrem pupillorum, nisi secundum testamentum apparuerit datus tutor, nisi postquam scriptum est testamentum, capitale certamen iis ad invicem constitit, vel nisi antiquior quidem est testamento inimicitia; propter hoc autem videtur esse datus tutor, ut supponatur debito, et negotiis; et hoc ex epistola Imperatoris Severi ostenditur. — §. 9. Inst. de excus. (1. 25.). — ved. not. prec.

(k) §. 12. Inst. de excus. (1. 25.). — L. 6. §. 18. eod. (27. 1.). *Modest.* Amplius autem absolvitur a tutela, quum quaestionem quis pupillo de statu movet, quum videtur hoc non calumnia facere, sed bona fide; et hoc Divi Marcus et Verus promulgaverunt. — L. 27. §. 1. de test. tut. (26. 2.).

(l) L. 20-21. pr. de excus. (27. 1.). — L. 16. C. eod. (5. 62.). — §. 4. Inst. h. t. (1. 25.). Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia est.

(m) Nov. 72.

(n) L. 21. §. 2. d. tut. et curat. dat. (26. 5.). *Modest.* Sed et si quis a parentibus prohibitus fuerit tutor esse, hunc neque creari oportet; et si creatus sit, nec recusaverit, probiberi eum esse tutorem manente epitimie. — L. un. C. si contr. matr. ultim. volun. tutor datus ist. (5. 47.).

(o) L. 21. §. 6. (26. 5.). *Modest.* Semper autem maxime hoc observent magistratus, ne creent eos, qui se ipsos volunt ingerere, ut creentur, quique pecuniam dant; enim et poenae obnoxios esse promulgatum est.

f) coloro che son chiamati alla tutela con l' obbligo di dar sicurtà, se non possono o non vogliono prestarla (p);

g) finalmente il Pretore potrà fuori di queste regole escludere dalla tutela chicchessia, quando dall' ammministrazione di lui si può ragionevolmente temere un danno pel patrimonio del pupillo (q).

§. 138.

2) Dell' obbligo di accettare la tutela, e delle scuse volontarie.

T. Inst. de excusat. (1. 25.). — D. h. t. (27. 1.). — C. de excusat. tut. vel curat. (5. 62.). — TT. 63-68.

1) Se il tutore scelto è idoneo, non può rifiutare il carico della tutela, il quale ha la qualificazione di un *munus publicum*. Solo la madre e l' ava hanno il diritto della tutela, senza avere nel tempo stesso l' obbligo d' accettarla. Tuttavia il diritto assegna varii motivi, pei quali un tutore già nominato può rifiutare la tutela, ovvero, se incominciò gli ufficii di tutore, cercare di esserne liberato. Tutti questi motivi per contrapposto a quelli dell' incapacità enumerati nel precedente paragrafo, son conosciuti col nome di scuse volontarie.

Per la qual cosa si possono volontariamente scusare dall'accettazione della tutela:

a) i soldati ch' ebbero il congedo di buona condotta. Se essi furono sotto le armi tutto il tempo stabilito pel servizio militare, cioè 20 anni interi, sono scusati per sempre, tranne dalla tutela di figli e figlie di soldati; se al contrario essi vengono congedati prima di finire il loro tempo, se prima di cinque anni di servizio, non possono per nulla essere scusati, se dopo il quinto anno, sono scusati per un solo anno, se dopo l'ottavo per due anni, se dopo il dodicesimo per tre, e se dopo il sedicesimo per quattro anni (a);

b) gli alti impiegati dello Stato (b);

(p) L. 2. C. de tut. vel curat. qui satis non ded. (5. 42.).

(q) L. 3. §. 12. de suspect. tut. (26. 10.). *Ulp.* Si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit, et generaliter, si qua iusta causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reiicere eum debebit.

(a) L. 8. pr. §. 3. h. t. *Modest.* §. 3. Qui autem intra hos annos dimissus est, non habet continuam tutelarum immunitatem, sed ad tempus, quemadmodum et reliquorum civilium munerum remissionem habet; qui enim intra quinque annos militia solutus est, nullam sibi vindicabat immunitatem, qui autem post quinque annos, unius anni habet immunitatem, qui autem post octo, biennii, qui autem post duodecim, triennii, qui autem post sexdecim, quadriennii, qui autem post viginti, sicut supra diximus, continuo absolvetur.

(b) §. 3. Inst. h. t. — L. 6. §. 14. 16. L. 17. §. 4. 5. h. t. *Modest.* L. 6. Gentium prae-

c) quegli ecclesiastici che non sono incapaci secondo il paragrafo precedente (c);

d) i giuristi che fanno parte del consiglio del principe (d);

e) gli assenti per ragioni municipali o di Stato, i quali durante la loro assenza, ed anche un anno dopo il ritorno possono scusarsi di qualunque nuova tutela loro conferita; l'anno è continuo e si computa dal momento del ritorno (e). Una tutela già accettata prima dell'assenza, può essere ricusata, ma solamente nel tempo dell'assenza; appena ritornato devesi riprendere l'officio di tutore (f);

f) coloro i quali hanno cura degl'interessi del fisco o di quelli dell'imperatore (g);

g) grammatici, retori, filosofi, cultori di giurisprudenza, e medici pratici. Tutti questi allora hanno il diritto di scusarsi, quando nella loro patria, nel luogo dell'origine o in Roma per decreto del magistrato occuparono una tale carica secondo il numero stabilito (h).

h) Per privilegio potevano rifiutare la tutela coloro, che avevano un numero determinato di figli e specialmente gli abitanti di Roma erano scusati qualora avessero tre figli, quattro gli altri abitanti d'Italia, e cinque i provinciali. È però necessario che questi figli fossero tutti nati, viventi e legittimi; erano considerati come tali solamente i figli morti in battaglia; era per altro indifferente se fossero sotto la potestà del padre

---

sidatus, puta Asiae, Bithyniae, Cappadociae, tribuit immunitatem a tutelis, hoc est quoad in praesidatu sunt. §. 16. Remittuntur a tutela et cura magistratus civitatum.

(c) L. 52. C. de episc. et cleric. (1. 3.). *Iust.* Generaliter sancimus, omnes viros reverendissimos episcopos, nec non presbyteros, seu diaconos, et subdiaconos, et praecipue monachos, licet non sint clerici, immunitatem ipso iure omnem habere tutelae, sive testamentariae sive legitimae, sive dativae; et non solum tutelae eos esse expertes, sed etiam curae, non solum pupillorum et adultorum, sed et furiosi, et muti, et surdi, et aliarum personarum, quibus tutores vel curatores a veteribus legibus dantur. — Nov. 123. c. 5.

(d) L. 30. pr. h. t. *Papin.* Iuris peritos, qui tutelam gerere coeperunt, in consilium principum assumtos optimi maximique Principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerent, et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet. — L. 11. §. 2. de minor. (4 4.).

(e) §. 2. Inst. h. t. Item qui reipublicae causa absunt, a tutela vel cura excusantur. Sed et si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicae causa abesse coeperunt, a tutela vel cura excusantur, quatenus reipublicae causa absunt; et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelae, nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit; nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati. — L. 10. pr. §. 2. L. 45. pr. §. 1. h. t. — L. 2. C. si tut. vel curat. (5. 64.). — L. 38. §. 1. ex quib. caus. mai. (4. 6.). — L. 4. de vacat. et excus. (50. 5.).

(f) §. 2. Inst. h. t. ved. not. prec. — L. 10. §. 2. h. t. — L. 1. C. si tut. vel curat. (5. 64.).

(g) §. 1. Inst. h. t. Item divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quandiu administrat, excusari posse. — L. 22. §. 1. — L. 41. pr. h. t.

(h) §. 15. Inst. h. t. Item Romae grammatici, rhetores, et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vocationem. — L. 6. §. 1-2. h. t.

o di altri, od anche se fossero emancipati; s'annoveravano anche come figli i nipoti avuti da un figlio premorto, ma, qualunque fosse stato il loro numero, valevano sempre per un solo figliuolo (i);

i) tre tutele nella medesima famiglia danno diritto di scusa per la quarta, sia che le tre tutele fossero amministrate dallo stesso padre o dai figli sottoposti alla sua patria potestà, in quanto n' è responsabile il padre. Non si avrà considerazione per il numero dei pupilli, ma per i diversi patrimonii; sì che colui il quale amministra un sol patrimonio indiviso di quattro o più pupilli, è considerato come tutore di una sola tutela. Pur nondimeno una sola tutela di grande importanza, è un motivo di scusa. Una tutela però che si fosse liberamente chiesta, o per cui non si è opposta una valida scusa non è considerata nel numero (k);

k) coloro che hanno sorpassata l' età di 70 anni (l);

l) coloro che sono talmente poveri che hanno appena tempo di pensare al loro mantenimento (m);

m) gli ammalati; ma se fosse malattia passaggiera non si possono scusare, e solamente nel tempo della malattia è nominato un curatore provvisionale (n);

(i) L. 2. §. 2-8.— L. 18. 36. §. 1.— L. 37. h. t.—pr. Inst. h. t. Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis, plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romae quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum munerum; nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt, in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant, ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelae vel curae muneris excusationem prosunt, defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quaesitum est, an si prosint; et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur; hi autem, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. — L. un. C. qui num. liber. (5. 66.).

(k) §. 5. Inst. h. t. Item tria onera tutelae vel curae non affectatae praestant vacationem, quamdiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.— L. 2. §. 9. L. 3. L. 4. §. 1. L. 15. §. 15. 16. L. 31. §. 4. *Paul.* Ceterum putarem, recte facturum praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. Neque igitur fratres consortes plurium locum habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent, et ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso fratres diviso patrimonio duae tutelae sunt; non enim, ut dixi, numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est. — L. 3. C. qui num. tut. (5. 69.).

(l) §. 13. Inst. h. t. ved. not. (d). — L. 2. pr. L. 15. §. 11. h. t.— L. 3. de iure immunit. (50. 6.). — L. un. C. qui aetat. (5. 68.).

(m) §. 6. Inst. h. t. Sed et propter paupertatem excusationem tribui tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri iniuncto possit docere. — L. 7. 40. §. 1. h. t.

(n) §. 7. Inst. h. t. — L. 10. §. 8. L. 45. §. 4. h. t. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis superesse potest, excusatio locum habet.

n) coloro che non sono domiciliati là dove giacciono i beni da amministrarsi (o);

o) i socii di alcuni corpi di publica utilità: come il corpo de' fabbri, dei muratori, dei padroni di navi (*navicularii*), degl' ispettori de' publici magazzini (*mensores frumentarii*) (p).

Tutti questi motivi di scusa valgono per ogni specie di tutela (q). Quantunque vero ed esistente uno di questi motivi, non può farsene nessun uso, quando si fosse promesso al padre di accettare la tutela dei figliuoli (r); quando il tutore abbia scritto egli stesso l'ultima volontà del padre, nel quale atto fu nominato (s); quando il tutore si sia intromesso nell'amministrazione senza produrre le sue scuse (t): e finalmente quando il tutore testamentario abbia accettato ciò che gli fu legato nel testamento (u).

Oltre a queste scuse le quali riguardano una tutela conferita, è possibile per altri motivi scusarsi di una tutela già accettata; ed in vero può ricusarla:

a) il tutore che per interesse dello Stato si assenta (v);

b) il tutore che è ammesso nel consiglio del principe (x);

c) quel tutore che col permesso del reggente cambia domicilio, ammesso che questi abbia conoscenza della tutela esistente (y);

(o) L. 10. §. 4. L. 19. 21. §. 2. 4. L. 46. §. 2. h. t. *Paul.* Sed et hoc genus excusationis est, si quis dicit ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est; idque Imperator Antoninus cum Divo patre significavit. — L. 11. C. h. t.

(p) L. 17. §. 2. 3. L. 26. 41. §. 3. L. 46. pr. §. 1. h. l. *Hermog.* Qui corporis, item collegii iure excusantur, a collegarum filiorumque eorum tutela non excusantur, exceptis iis, quibus hoc specialiter tributum est. — L. 24. C. h. t.

(q) §. 16. Inst. h. t. — L. 2. §. 5. L. 30. §. 2. h. t. *Modest.* Hoc autem videtur quidem, dictum esse de tutore dato secundum testamentum; convenit autem hoc et in omni alio. — L. 3. §. 8. de legit tut. (26. 4.). — L. 1. C. de leg. tut. (5. 30.). — L. 9. C. qui dari (5. 34.). — Nov. 118. c. 5.

(r) §. 9. Inst. h. t. — ved. not. (b). — L. 15. §. 1. h. t. *Modest.* Qui patri promisit, se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non potest, etsi aliter habet ius excusationis. — Fragr. Vat. §. 153.

(s) L. 29. de test. tut. (26. 2.). — L. 18. §. 1. de leg. Corn. de fals. (48. 10).

(t) L. 2. C. si tut. vel curat. (5. 63.). *Philip.* Tutores, quos postea, quam bona pupillorum administraverunt, a praeside provinciae quasi re integra excusari se impetrasse asseveras, periculum administrationis evitare minime posse, manifestum est. — Fragr. Vat. §. 154.

(u) L. 5. §. 2. de his qui ut indign. (34. 9.). *Paul.* Amittere id, quod testamento meruit, et eum placuit, qui tutor datus se excusavit a tutela, sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem.

(v) L. 11. §. 2. de min. (4. 4.).

(x) L. 11. §. 2. eod.

(y) L. 12. §. 1. h. t.

d) e da ultimo quel tutore che per malattia o per indigenza non può continuare la tutela (z).

Chiunque voglia far valere uno di questi motivi necessariamente deve allegare le sue scuse presso il magistrato competente nel tempo stabilito dalla legge, computando dal momento ch' ebbe contezza della sua nomina; in caso contrario i motivi di scusa vanno irremissibilmente perduti. Il perentorio stabilito è in tutti i casi di 50 giorni, a coloro i quali sono lontani più di 100 miglia sono dati 30 giorni, e ad ogni 20 miglia un giorno dippiù, che in ogni caso sieno non meno di 50 giorni (aa). Il processo deve per legge terminare in quattro mesi, durante i quali possono anche sorgere altri motivi di scusa, e, finchè questo affare non venga a compimento, si nomina un tutore provvisionale (bb). In caso che la domanda si trova poco fondata, dimodochè si rigetta, il tutore può esser tenuto dei pregiudizii, che potettero venirne al patrimonio del pupillo (cc).

C. Dell' amministrazione della tutela.

§. 139.

1) Dell'amministrazione in generale.

T. Inst. de satisdatione tutorum vel curatorum (1. 24.).—Rem pupilli vel adolescentis salvam fore (46. 6.). — C. de tutore vel curat. qui satis non dedit (5. 42.).

Perchè l'amministrazione della tutela potesse aver cominciamento, è necessario un decreto del magistrato detto *decretum tutorium* o *curatorium*, il quale immette il tutore nell' amministrazione; e pel decreto si richiede che il tutore desse cauzione, giuramento, e facesse esatto inventario delle cose del pupillo (a).

(z) Ved. not. (m) e (n).

(aa) §. 16. Inst. h. t. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent , cuiuscumque generis sunt : id est qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti milium diurnorum, et amplius triginta dierum, quod tamen ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies. — L. 13. §. 1. h. t.

(bb) L. 38. h. t. *Paul.* Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet; peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt. — L. 17. §. 1. de appell. (49. 1.). — L. 3. 6. 15. C. h. t. (5. 62.).

(cc) L. 15. 22. C. h. t. (5. 62.). — L. 20. 39. §. 6. de admin. et peric. tut. 26. 7.). *Ulp.* Tutor vel curator, cuius iniusta appellatio pronuntiata erit, cuiusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere administrationem debuit, erit obligatus.

(a) Nov. 72. c. 8. — L. 7. pr. de adm. et peric. tut. (26. 7.). *Ulp.* Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria

Gli obblighi e la responsabilità però hanno principio dal momento che il tutore ebbe conoscenza della sua nomina (b).

Dall'obbligo della cauzione sono esenti i tutori testamentarii perfetti, e quelli della tutela testamentaria imperfetta che furono confermati dal magistrato con inquisizione.

Se furono eletti più individui esenti dalla fideiussione, ognuno può pigliare a sè l'amministrazione *praevia fideiussione*, o invitare un altro che l'assumesse anche sopra di sè *praevia fideiussione* (c).

2) Entrato il tutore nell'amministrazione delle cose pupillari, egli dev'essere libero nell'amministrazione così come nelle cose proprie; ma pure è tenuto pienamente alla diligenza *diligentis paterfamilias*, cioè a quella con cui suole amministrare le cose proprie (d).

Ogni operazione che fa il tutore si considera sempre come fatta dal pupillo, e però quegli non è obbligato a privarsi del suo; e, se qualche volta impiega proprii capitali ha la facoltà del regresso. I suoi pesi sono tutti morali e nessuno pecuniario.

3) Vi ha de'casi, nei quali il tutore non è tenuto che per colpa lata:

a) se egli compra beni immobili pel pupillo (e);

---

et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest; quod ex iureiurando in litem aestimatur. Nihil itaque genere ante inventarium factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam exspectare possit.— L. 24. C. de adm. tut. (5. 37.).— L. 13. C. Arbitr. tut. (5. 51.).

(b) L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 6. de adm. et princ. tut. (26. 7.). *Ulp.* Ex quo innotuit tutor, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere. Innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique testato eum conveniri; nam etsi citra testationem, scilicet undecunque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere. — L. 6. hoc autem, quod cognovit tutor, pupillus probare debebit. — L. 5. C. de pr. tut. (5. 38.).

(c) Pr. §. 1. Inst. h. t....... Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum, et diligentia ab ipso testatore probata est: Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt. §. 1. Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori praeferri, ut solus administret; vel ut contutor satis offerens, praeponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori vel concuratori suo, utrum velit satis accipere, an satis dare. Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerat a testatore, quis gerat, ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Praetoris cavetur. Sin autem tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos, qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut maior pars eligere possit, per quem administratio fieret.

(d) L. 1. pr. de act. tut. (27. 3.). — L. 32. §. 6. L. 33. pr. de adm. et pr. tut. (26. 7.). *Callistr.* A tutoribus et curatoribus pupillorum ea diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.

(e) L. 7. §. 2. de adm. et pr. tut. (26. 7.). *Ulp.* Competet adversus tutores tutelae actio,

b) se il denaro pupillare fu dal padre dato a mutuo, e durante la tutela incomincia ad essere poco sicuro (f);

c) se il tutore fu legalmente esonerato dal rendimento dei conti (g).

L'amministrazione della tutela comprende: la persona del pupillo, la conservazione, l'aumento, e le alienazioni del patrimonio pupillare e da ultimo le spese.

2) Dell' amministrazione in particolare.

§. 140.

a) Dell'ufficio del tutore sulla persona del pupillo.

T. D. ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis (27. 2.). — C. ubi pupilli educari debeant (5. 49.); — de alimentis pupillo praestandis (5. 50.).

Principale obbligo del tutore è di aver speciale cura della persona del pupillo, secondo il carattere e la condizione di esso, e di badare specialmente alla educazione. Per questo il tutore ha facoltà di prendere dal patrimonio del pupillo tutto quello che alla educazione ed al mantenimento è necessario; ma si deve aver riguardo alla volontà del padre, quando si tratta del come e dove il pupillo dev'essere educato, e della somma da stabilirsi pel suo mantenimento (a). In caso che il padre nella sua ultima volontà non avesse stabilito il luogo nè il modo di educazione, o se vi fossero ragioni bastevoli per scostarsi dalla volontà del padre, il magistrato *ex officio* ovvero ad istanza del tutore o de' prossimi parenti del pupillo potrà determinare il luogo ed il modo di educazione secondo la condizione delle persone e le sostanze (b). Comunemente la madre ha diritto di te-

---

si male contraxerint, hoc est, si praedia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint. Recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere.

(f) L. 2. C. arbitr. tut. (5. 51). *Antonin.* Nomina paternorum debitorum, si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet; et si palam dolo tutoris vel manifesta negligentia cessatum est, tutelae iudicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit.

(g) L. 41. de adm. (26. 7.).

(a) L. 1. §. 1. L. 2. §. 3. h. t. *Ulp.* Sed si pater statuit alimenta liberis, quos heredes scripserit, ea praestando tutor reputare poterit, nisi forte ultra vires facultatum statuerit; tunc enim imputabitur ei, cur non adito Praetore desideravit alimenta minui.

(b) L. 1. §. 1. L. 2. §. 2. L. 3. 5. h. t. *Ulp.* Si disceptetur, ubi morari, vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id Praesidem statuere oportebit. In causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberis possunt insidiari.

nere presso di sè il figliuolo, quando ella stessa non sia tutrice, purchè non vi siano motivi contrarii (c). In fine lo stesso tutore ha facoltà di determinare egli la somma per gli alimenti, quando ciò è richiesto massimamente dall'interesse del pupillo medesimo (d).

Se il tutore *dolo malo* omette di dare tutto o parte della somma stabilita per la educazione, può esser tolto come sospetto, ed in questo caso si ha la conseguenza della infamia (e).

Se ciò succede non per dolo ma per semplice colpa, allora il tutore può essere rimosso, ma tal rimozione non produce l'infamia, e si può aggiungere a questo tutore un curatore (f).

§. 141.

b) Dell' interposizione dell' autorità.

T. Inst. de auct.tut. (1. 21.).—D. de auctorit. et consens. tutor. et curator. (26. 8.); —C. de auctoritate praestanda (5. 59.).

Ufficio precipuo del tutore è d'interporre la sua autorità negli affari dal pupillo impresi, affinchè con questa divenga perfetta la personalità del pupillo, e giuridico il fatto da lui prodotto.

L'autorità può essere interposta in tutti gli affari che imprende il pupillo, tranne nei seguenti casi:

1) Il tutore non potrà interporre autorità, quando egli stesso contrae col pupillo: *tutor in rem suam auctoritatem accomodare non potest;* essendo impossibile ch'egli nel medesimo tempo sia *auctor* e contraente; se poi il tutore non avesse nell'affare conchiuso dal pupillo, se non un semplice interesse, questo non mette ostacolo all'autorità (a).

2) Quando al pupillo importa di conchiudere l'affare col suo tutore, è nominato un tutore *ad hoc.*

3) Finalmente per quegli affari che non appartengono all'amministrazione, o che è vietato d'imprendere anche con l'autorità del tutore, come a mò d'esempio per una *donatio*, per una *manumissio,* per la costituzione

---

(c) N. 22. c. 38.

(d) L. 2. C. h. t. (5. 50.).

(e) §. 10. Inst. de suspect. tut. (1. 26.). Sed si quis praesens negat, propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Praefectum urbi puniendum placuit, sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelae redemit.

(f) L. 6. h. t.

(a) L. 1. pr. h. t.

di un peculio a favore di uno schiavo, l'autorità del tutore è di nessun momento (b).

S'interpone l'autorità per una persona che può da sè operare, quantunque non perfettamente; e però quando il pupillo è ancora infante, non può aversi interposizione d'autorità, ma è supposta una totale procura, per cui il tutore rappresenta il pupillo; ma di là dei sette anni questi può produrre fatti che sono resi giuridici dall'autorità del tutore (c). L'interposizione dell'autorità richiede la presenza del tutore nell'affare conchiuso dal pupillo; se al contrario è fatta per mezzo di lettera, è affatto invalida: dev'essere espressa con chiare parole, nè il silenzio del tutore può interpetrarsi come consenso. L'autorità dev'essere interposta nel momento stesso, nè prima, nè dopo dell'affare conchiuso; altrimenti esso si considera conchiuso senza l'autorità del tutore (d). Finalmente l'interposizione dell'autorità fatta condizionalmente è anche del tutto nulla (e).

Se vi sono molti tutori, tutti hanno diritto d'interporre la loro autorità, fossero tutori gerenti, onorarii, od anche consulenti, ma in guisa che è sufficiente l'autorità interposta da uno di essi, menocchè non si trattasse dell'arrogazione dell'impubere, poichè in questa emergenza è richiesta l'autorità di tutti i tutori. Sono autorizzati ad interporre l'autorità solo alcuni de' tutori nel caso dell'amministrazione separatamente affidata ad un determinato tutore, ed il caso dell'inibizione d'interporre l'autorità fatta espressamente al consulente (f).

(b) L. 1. §. 1. 2. 4-8 de tut. act. (27. 3.). *Ulp.* Unde quaeritur apud Iulianum libro vicesimo primo Digestorum, si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accomodaverit, an tutelae iudicio teneatur? Et ait, teneri eum; nam sicuti testamenti factio, inquit, pupillo concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt.

(c) L. 1. §. 2. de adm. et pr. tut. (26. 7.). *Ulp.*..... Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent.

(d) §. 2. Inst. h. t. Tutor statim, in ipso negotio praesens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

(e) L. 8. h. t. *Ulp.* Etsi conditionalis contractus cum pupillo fiat, tutor debet pure auctor fieri; nam auctoritas non conditionaliter, sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmetur. — L. 7. h. t. *Ulp.* Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accomodare tutorem non posse, toties verum est, quoties per semel vel subiectas sibi personas acquiritur ei stipulatio; ceterum negotium ei geri per consequentias, ut dictum est, nihil prohibet auctoritas.

(f) L. ult. C. h. t. *Iustinian.* Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a iudice vel inquisitione, sive simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem pro omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus. Ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pu-

ANNOTAZIONE

Per conoscere fino a che punto il pupillo potrà essere obbligato in affari giuridici senza autorità del tutore, oltre quanto fu osservato nella parte generale (§. 19.), bisogna aggiungere che:

a) quando l'impubere è convinto di dolo, resta obbligato di per sè in forza dell'atto illegale (g);

b) così quando l'*obligatio ex re venit* (h).

Tutte le altre obbligazioni contratte senza l'autorità del tutore sono di nessun momento *iure civili*, senza che l'impubere avesse bisogno d'impetrare la restituzione (i).

Quest'ultimo principio ebbe una importante modificazione da un rescritto di Antonino Pio, che statuiva: le obbligazioni contratte dal pupillo senza autorità del tutore potersi far valere contro di lui per quanto n'era arricchito al punto della contestazione della lite: sicchè tutte le obbligazioni del pupillo potevano in questa misura avere il carattere di obbligazioni civili (k).

Era tra gli antichi giuristi, ed è ancora tra i moderni ventilata la questione, se gli affari giuridici conchiusi dall'impubere senza autorità del tutore fondassero in generale un'obbligazione naturale, Questo punto è controverso a causa di due leggi, che sembrano contraddire ad altre numerose, che parlano di un'obbligazione naturale generalmente accettata (l). Una di quelle leggi dice in questo modo; « Quod

---

pillo praestare, quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimos et sempliciter datos iubemus, eo quod fideiussionis onere praegavantur et subsidiariae actionis adminiculum speratur. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res, quae agitur, solutionem faciat ipsius tutelae, utputa si pupillus in arrogationem se dare desiderat. Etenim absurdum est, solvi tutelam non consentiente, sed forsitan ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus. Tunc etenim, sive testamentarii, sive per inquisitionem dati, sive legitimi, sive simpliciter creati sunt, necesse est, omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. Quae omnia simili modo et in curatoribus observari oportet.

(g) L. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9. 2.). — L. 23. de furt. (47. 2.). — L. 111. pr. de R. I. *Gai*. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et iniuriae faciendae.

(h) L. 46. de O. et A. (47. 7.). *Paul*. Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendere, vel damnum in eo pupillus dederit; nam iudicio communi dividundo obligabantur. — L. 33. pro soc. (17. 2.).

(i) L. 8. de acq. vel om. hered. (29. 2.). — L. 43. de O. et Ac. (44. 7.). — L. 16. pr. de min. (4. 4.). *Paul*. Obligari potest paterfamilias, suae potestatis pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur — L. 6. §. 5. de confess. (42. 2.). — pr. Inst. de auct. (1. 21.). — L. 1. §. 2. de const. pecun. (13. 5.).

(k) L. 5. pr. de auct. et cons. — confr. L. 16. pr. de min. (4. 4.). — ved. not. prec. — L. 3. §. 4. L. 6. pr. 34. 37. pr. de neg. gest. (3. 5.). *Ulp*. Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii, etiam conveniri potest, in id quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius, quod gessit patitur. — L. 3. pr. com. (13. 6.). — L. 10. de inst. act. (14. 3.). — L. 8. §. 15. ad SC. Vell. (16. 1.). — L. 1. §. 15. dep (16. 3.). *Ulp*. . . . . Nam si communi auxilio et pleno iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est.

(l) §. 3. Inst. quib. mod. abl. (3. 29.). — L. 42. pr. di iure iur. (12. 2.). — L. 21. pr.

« pupillus sine *tutoris auctoritate* stipulanti promiserit et solverit, repetitio est, quia « nec natura debet » L. 41. de condict. ind. (12. 6). Le parole dell'altra sono: « Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur ». L. 59 de O. et A. (44. 7).

Tra le opinioni degli antichi giuristi ha ancora oggi una certa importanza quella del glossatore *Martino* ad leg. 25. *de fideiuss.* seguita dal *Cujacio* nel comento alla leg. 127. de V. O. e recentemente dal *Puchta*, e quella di *Accursio* e di *Donello* (m). Secondo Martino ed i giuristi recenti che lo seguono, si cerca di accordare i due passi con quelli che ammettono un'obbligazione naturale, affermando che questi suppongono un arricchimento del pupillo che giustifichi la *naturalis obligatio*, mentre i due citati non fanno intravedere tale arricchimento: e però tutta l'obbligazione è nulla, non restando neppure una naturale obbligazione (n). Questa interpretazione che a prima vista sembra sufficiente, considerata attentamente, è senza alcun valore: giacchè secondo il rescritto di Antonino Pio, dall'arricchimento del pupillo, nasce non già una naturale, ma una civile obbligazione: ora come può supporsi che giuristi ancora più recenti del mentovato rescritto abbiano parlato in questo caso di obbligazione naturale? *Accursio* e *Donello* al contrario fanno differenza tra *pupilli infantiae, et pupilli pubertati proximi;* solamente per questi negli affari giuridici è possibile una *naturalis obligatio*. Questa interpretazione è anch'essa insufficiente, poichè in rapporto alle obbligazioni sì gli uni che gli altri son riguardati egualmente dalle leggi (o),

L'opinione moderna è, che qui debba farsi distinzione tra obbligazioni del solo pupillo e quelle di terze persone come eredi o fideiussori di lui; quelle del solo pupillo non fondano obbligazione naturale, ma da quelle delle altre persone come eredi o fideiussori del medesimo indubiamente deriva la naturale obbligazione. Anche questa interpretazione è insufficiente, poichè è incopatibile una obbligazione accessoria senza la esistenza di una *obligatio principalis*.

Per conciliare le leggi tra loro, bisogna venir notando ciò che segue:

1) Senza l'autorità del tutore il pupillo, non avendo il *ius alienandi*, non potrà fare un pagamento; per conseguenza tutto quello che ha pagato potrà ripetere con la *condictio indebiti* (p). Questa regola è temperata quando il pupillo si è arricchito

ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 64. ad SC. Treb. (36. 1.).— L. 25. §. 1. quando dies leg. (36. 2). — L. 19. §. 4. de don. (39. 5.).— L. 1. §. 13. de O. et A. (44. 7.).— L. 127. de V. O. (45. 1.).— *Scaevol.* Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat, et fideiussorem dedat, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus; nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea.—L. 25. de fideiuss. (46.1.). — L. 1. §. 1. de nov. (46. 2.). — L. 44. 95. §. 2. 4. de solut. (46. 3.). — *Papinian.* Naturalis obligatio, et pecuniae numeratione, ita iusta pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur quod vinculum aequitatis; quod solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur; ideoque fideiussor, quem pupillus dedit ex istis causis laborari dicatur.

(m) *Donelli*, Comm. iur. civil. XX. c. 22.

(n) Ved. *Puchta* §. 237. not. h. Confr. L. 3. §. 4. de negot. gest. (3. 5.).— L. 25. §. 1. quando dies (36. 2.). — L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.).

(o) Ved. §. 19. not. (d).

(p) §. 2. Inst. quib. alien. licet. (2.8.).—L. 19. §. 1. de R. C. (12. 1.).—L. 14. §. 8. L. 15. de solut. (46. 3.).—L. 5. §. 1. h. t. *Ulp.* Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligetur, dalla obbligazione, poichè allora si dava luogo all' *exceptio doli*; fuori di questo caso adunque il pagamento fatto era indebito, e quindi possiamo dire con la legge 59 de O. et A., che dall' affare conchiuso non si origina neppure un' obbligazione naturale. Pure se il pagamento è fatto non dal pupillo, ma dal suo erede, il creditore ha la *soluti retentio*, poichè l' erede ha il *ius disponendi*.

Fuori di questa specialità in tutto il resto il pupillo resta obbligato naturalmente, vale a dire che si può contro di lui non solamente sopra ciò, di cui il suo patrimonio siasi avvantaggiato, ma ancora generalmente ammettere le altre eccezioni del suo creditore. In questo significato è da accettare la legge 3. §. 4. de negotiis gestis (3. 5): « Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii etiam con» veniri potest in id, quod factus est locupletior; *agendo autem compensationem* » *eius, quod gessit, patitur* ». Con l' aiuto di altre leggi può veramente essere sostenuto il principio contrario; che quando per l' affare conchiuso il pupillo è tratto in giudizio, può essere condannato solo *in id, quod locupletior factus est;* e se è attore in giudizio, si possono ammettere le eccezioni del suo creditore fino alla somma soltanto, che ha accresciuto il suo patrimonio: insomma se il pupillo è naturalmente obbligato, è solamente in quanto addivenne più ricco. Dicemmo come sia erronea questa interpretazione; piuttosto bisogna stabilire, che se il pupillo per un affare compito senza l' autorità del tutore è convenuto in giudizio, può solamente essere obbligato in quanto il suo patrimonio è divenuto più pingue, ma se per contra è attore, il convenuto, precedente creditore del pupillo, può allegare l' eccezione di compensazione senza essere limitato al reale vantaggio dell' altro: con altre parole l' obbligazione naturale del pupillo ha qui piena efficacia.

Le leggi che possono dar fondamento al principio già confutato sono due, una delle quali (l. 13. §. 1. de cond. ind. (12. 6.) dice: « Item quod pupillus sine tuto» ris auctoritate mutuum accepit, et lucupletior factus est, si pubes factus solvat, » non repetit »; e l'altra (l. 4, §. 4. de dol. mal. exc. (44. 4.)): « si (pupillus) mutuam » accepit pecuniam, vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse » exceptionem ». Sembra certemente in queste leggi che la condizione *si locupletior factus est*, sia *conditio sine qua non* per ammettersi contro il pupillo un' eccezione: ma in questi testi è solo previsto il caso da noi osservato fin dal principio, cioè il pagamento fatto dal pupillo senza l' autorità del tutore, il che è chiaro specialmente nell' ultimo, qualora si legga il contesto. Allora è senza dubbio indispensabile la condizione *si locupletior factus est;* ma che sia richiesta pure per le altre eccezioni, come per quella di compensazione, non si ricava certamente da queste leggi.

Come si è parlato di un negozio unilaterale conchiuso dal pupillo senza l' autorità del tutore, nello stesso modo si ragioni di un negozio bilaterale senza autorità. Giacchè in un negozio di simil fatta l' altro contraente è obbligato civilmente per l' intera obbligazione; il pupillo non vi è obbligato, o in generale naturalmente per tutta la obbligazione, civilmente in quanto il suo patrimonio s'arricchi (*negotium*

---

sed nec in emendo, nisi in quantum lucupletior factus est.—L. 9. §. 2. de auct. tut. (26. 8.).—L. 29. de cond. ind. (12. 6.). *Ulp.* Interdum persona locum facit repetitioni, utpota si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant numi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit.

Google

claudicans). Conseguentemente, poichè il pupillo è obbligato naturalmente per tutta l'obbligazione, l'altro contraente può produrre, eccetto la *soluti retentio*, tutte le altre eccezioni, anche l'*exceptio non dum impleti contractus* fino al compimento della obbligazione da parte del pupillo (q).

§. 142.

c) Dell' amministrazione dei beni.

TT. Dig. de administratione et periculo tutorum vel curatorum etc. (26.7.);—de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt (27.9.);—C. de administratione tutorum vel curatorum etc. (5.37.);—de periculo tutorum et curatorum (5. 38.);—si tutor vel curator non gesserit (5.55.);—de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis (5. 71.);—quando decreto opus non est (5. 72.); — si quis ignorans, res minores esse etc. (5.73.);—si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit (5. 74.).

L'amministrazione che il tutore ha dei beni del pupillo può riguardare il mantenimento, l'aumento o l'alienazione di questo patrimonio.

1) Rispetto al mantenimento del patrimonio pupillare è obbligo principale del tutore di mantenere il patrimonio intatto qual era, quando egli prese possesso dell'amministrazione. A questo scopo egli ha diritto e obbligo di prendere tutte le misure convenienti, specialmente: di vendere quegli oggetti che facilmente si deteriorano, i quali se egli vuol conservare, può farlo, ma a suo pericolo (a); di pagare secondo il potere e le opportune circostanze i debiti del pupillo (b); di ritirare i crediti che non sono più sicuri, ed il denaro dato a prestito senza interessi (c). Il tutore è pienamente tenuto se i crediti non si possono più recare in essere (d): egli ha l'obbligo di difendere in giudizio il pupillo; ed in fine qualche volta gli si concede facoltà di prendere dal patrimonio ciò che bisogna per le spese necessarie ed anche decorose pel pupillo, specialmente per quelle che riguardano l'educazione ed il mantenimento (e).

(q) L. 7. §. 1. de rescind. vend. (18. 5).—V. auc. pr. Inst. de auct. tut. (1. 21.). — L. 13. §. 29. de act. emt. (19. 1.). — L. 5. §. 1. de auct. et cons. tut. (26. 8.).—Ved. *Brandis.* diss. nel giornale di Giessen. VII. pag. 149.—*Vangerow*, o. c. I. §. 279.

(a) L. 5. §. 9. L. 7. §. 1. h. t. (26. 7.). *Ulp.* Si tutor cessaverit in distractione earum rerum, quae tempore depereunt, suum periculum facit: debuit enim confestim officio suo fungi.— L. 22. §. 3. 4. C. h. t. (5. 37.).

(b) L. 9. §. 5. L. 15. h. t. (26. 7.). *Paul.* Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantur, vel intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit, ipse in debitam pecuniam, et in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur.

(c) L. 1. §. 4. L. 46. §. 7. eod. L. 18. C. eod.

(d) L. 15. eod. — ved. not. (b).

(e) L. 3. §. 6. ubi pup. educ. (27. 2.). — L. 3. C. h. t. (5. 37.).— Ved. §. 140.

2) Quanto all'aumento del patrimonio, il tutore quantunque non fosse obbligato di adoperare grande attività per l'acquisto, di che egli dovrebbe sempre rispondere, pure deve aver continua mira all'aumento del medesimo. Ma specialmente è obbligo del tutore di comprare beni stabili dal danaro del pupillo, se ciò è possibile, ovvero in modo sicuro metterlo ad interesse quando l'educazione del pupillo lo richiegga; altrimenti è sufficiente che si depositi e si custodisca gelosamente (f). Secondo il diritto anteriore nel caso che non si potessero comprare beni stabili, il danaro dovea mettersi ad interesse; se in vece fosse restato infruttuoso in cassa, egli era obbligato a pagare gl'interessi della moneta dopo 6 mesi dal possesso dell'amministrazione, e dopo due mesi negli altri anni (g). Il tutore non deve tralasciare nessuna occasione di acquisto sia per donazioni, sia per legato, o per eredità; dall'altra parte egli è sindacabile di qualunque pregiudizio che un'accettazione di eredità abbia apportato al patrimonio del minore (h).

3) Nell'amministrazione va compresa la facoltà di alienare, ma qui il tutore è molto limitato. Nell'antico diritto egli era considerato come *dominus loci*, e però poteva alienare le cose pupillari come se fossero state alienate dal medesimo pupillo, soltantochè quando l'alienazione era stata di pregiudizio al patrimonio suo, questi poteva pretenderne risarcimento.

La prima limitazione di questo diritto del tutore fu sancita nel 195 dell'E. V. dalla *Oratio Settimii Severi,* la quale vietò ai tutori e curati l'alienazione dei fondi rustici e suburbani. Questa legge ebbe una interpretazione autentica, e da un rescritto di Costantino fu estesa anche ai fondi urbani ed a tutta la proprietà sulle cose mobili del pupillo, salvo naturalmente le cose necessarie a vendersi, le inutili. Finalmente Giustiniano con leggi speciali estese il divieto dell'alienare anche alle obbligazioni (i). In

(f) N. 72, c. 6.

(g) L. 7. §. 11. L. 13. §. 1. — L. 15. eod. ved. not. (b).

(h) L. 21. 26. C. h. t. (3. 37.). *Const.* Pupillorum seu minorum defensores, si per eos donationum conditio neglecta est, rei amissae periculum praestent. L. 39. §. 3. h. t. (26. 7.). — L. 3. §. 17. de suspect. tut. (26. 10.). — *Ulp.* Is tutor, qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate, potest suspectus postulari.—L. 67. §. 3. de rit. nupt. (23. 2.).—L. 11. bonor. poss. (37. 1.).

(i) L. 1. de rebus eorum (27. 9.): Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere §. 1. Quae Oratio in Senatu recitata est Tertyllo et Clemente Css. Idibus Iuniis. §. 2. Et sunt verba eius huiusmodi: *Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur; qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari, obligarive debeant, manente pupillo actio-*

forza di queste disposizioni l'alienazione non entra nei poteri dell'amministrazione della tutela.

Quando è necessaria un'alienazione, il tutore deve ricorrere al magistrato, il quale dopo una *causae cognitio* rilascia un decreto, che sarà sempre di nessun effetto, quando i motivi che lo impetrarono sono per nulla o poco veri (k). In caso che l'alienazione fosse fatta in contraddizione di coteste disposizioni, il pupillo ha diritto di rivolgersi contro il tutore, ovvero, se lo crede più conveniente, contro ogni terzo possessore come se la vendita non si fosse mai fatta (l). In così fatto giudizio il reo convenuto può allegare che egli acquistava le cose pupillari per mezzo del decreto; mentre l'attore deve provare che questo non esiste, ovvero è di nessun momento (m). Ma l'alienazione può esser tenuta come valida:

a) quando l'attore vuol propriamente arricchirsi a spese del convenuto;

b) quando l'alienazione fu confermata con giuramento;

c) qualora se n'è fatta ratificazione nella età maggiore;

d) quando fino a cinque anni dopo l'età maggiore non è stato promosso un giudizio, ovvero, quando si tratti di donazione fatta senza il sopraddetto decreto, fino a dieci anni in caso di presenza, o venti di assenza (n);

e) se il pupillo ebbe pieno risarcimento dell'alienazione illegale;

f) finalmente se il tutore diviene erede del pupillo o viceversa (o).

---

ne, si postea potuerit probari, obreptum esse praetori. Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parenta pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum **censeo.—Ved. L. 2. C. si adv. vend. (2. 27.).—L. 4. C. quando decreto opus non est (5. 72.). — L. 22. 25. 27. 28. C. de adm. (5. 37.). — Nov. 72. c. 5-7.**

(k) **L. 1. §. 2. L. 5. §. 14. 15. h. t. (27. 9.). — L. 5. C. h. t. (5. 71.).**

(l) **L. 5. §. 15. L. 7. §. 3. L. 10. h. t. (27.9.).—T. C. si quis ignor. rem. pupilli esse (5.73.).**

(m) **L. 13. §. 2. de publ. act. (6. 2.). — *Gai.* Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur. — L. 1. §. 2. h. t. (27. 9.). — Ved. not. (i). — L. 5. C. h. t. (5. 71.).**

(n) **L. 13. h. t. (27. 9.). — L. 10. 14. 16. C. h. t. (5. 71.). — §. 2. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.). — L. 2. 3. C. si maior. factus. (5. 74.). — *Iustin....* Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, idest post XXV annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit vel heres eius, minime retractari eam occasione praetermissionis decreti , sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita. Quum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transcripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post XXV annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore aequiescente effluxerit, ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit .— L. 14. C. si adv. vendit. (2. 28.).**

(o) **L. 14. C. de rei vind. (3.32.).—L. 3. de reb. alien. (4.51.).—L. 14. C. de eviet.(8. 45.).**

Del resto vi sono dei casi nei quali il tutore può legalmente alienare le cose del pupillo senza il decreto del magistrato:

a) quando il padre permise nell' atto di sua ultima volontà l' alienazione, ovvero un terzo testatore dal quale pervennero le cose da alienarsi (p);

b) quando la permissione all' alienare viene dal principe (q);

c) senza decreto può costituirsi un diritto di pegno su quelle cose del pupillo, che furono comprate col denaro di un altro pupillo (r);

d) così pure quando un maggiorenne domanda la divisione di una cosa che possiede in comunità con un minorenne; ed in generale quando l' alienazione si reputa giuridicamente necessaria (s);

e) così se vengono alienate le cose oppignorate in favore del pupillo (t).

Il decreto del magistrato era richiesto non solo quando si trattava di alienazione, ma, secondo una costituzione di Giustiniano, anche quando si doveva accettare il pagamento dai debitori del pupillo. Secondo questa legge il debitore che pagava direttamente al tutore non era liberato dalla obbligazione, se non quando un decreto del magistrato permetteva il pagamento. Era questo decreto non necessario solamente nel pagamento di rendite, come fitti, interessi ec., meno però, se fossero rendite attrassate più di due anni della somma maggiore a cento soldi (u). Chi, contravvenendo a queste determinazioni avesse soddisfatto il suo debito direttamente al minore, non era sciolto *ipso iure* dall' obbligazione; sicchè se dopo il tutore chiedeva novellamente il pagamento di quel debito, allora poteva esserne liberato, quando ne provava la reale esistenza nel patrimonio del minore; in caso contrario poteva essere obbligato da capo al pagamento.

(p) L. 1. §. 2. L. ult. h. t.—L. 1. 3. C. quando decreto op. non est. (5. 72.). *Dioclet.* et *Maxim.* Praedium rusticum vel suburbanum a minore viginti quinque annis alienari sine decreto praesidis, nisi parentis voluntas seu testatoris, ex cuius bonis ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest.

(q) L. 2. C. eod. *Aurelian.* Illud requirendum est, an adito principe Saturninus, vir clarissimus, specialiter ius venditionis acceperit. An iusta enim praesidalis decreti concessio principalis accedit.

(r) L. 3. pr. h. t. (27. 9.). *Ulp.* Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri, et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.

(s) L. 1. §. 2. L. 3. §. 2. 3. L. 5. §. 4. 6. h. t. (27. 9.). *Ulp.* Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem. — L. 2. C. h. t. (5. 72.). — L. 17. C. (5. 71.).

(t) L. 5. §. 3. h. t. *Ulp.* Si fundus pupillo pignoratus sit, an vendere tutores possunt, hunc enim quasi debitorem, hoc est, alienum, vendunt? Si tamen impetraverat pupillus, vel pater eius, ut iure domini possideant, consequens erit dicere, non posse distrahi, quasi praedium pupillare. Idemque, et si fuerit causa damni infecti iussus possidere.

(u) L. 25. 27. C. de admin. (5. 37.). *Iust.* Constitutionem, quam nuper fecimus, disponentes quemadmodum debent solutiones in contractibus minorum causa fieri, sive ex reditibus, sive ex pensionibus, sive ex aliis similibus causis, etiam in usuris extendimus, quae tamen non summatim, neque ex multis annis collectae iam debentur, biennales metas et centum solidorum quantitatem minime excedentes.

§. 143.

D. Delle relazioni di più tutori tra loro.

Non è necessario che la tutela sia affidata ad un solo, anzi possono essere molti chiamati a questo ufficio, o tutti egualmente, ovvero ognuno con una missione speciale.

Secondo il diritto romano possiamo distinguere tre specie di tutori, i *gerentes*, i *tutores honorarii*, e i *tutores notitiae causa dati*.

1) *Gerentes* son quei tutori che hanno tutte le funzioni della tutela, ossia non solo l' *interpositio auctoritatis*, ma l' amministrazione de' beni ancora.

2) *Honorarii* si dicono quelli che sono dati per invigilare l' amministrazione de' primi anzidetti, epperò sono ancora appellati *observatores*, *custodes*; essi hanno il diritto d' interporre l' autorità in quegli atti, che non appartengono strettamente all' amministrazione. Essi sono sindacabili per la *culpa in observando*, e specialmente per le omissioni e la mala amministrazione dei tutori gerenti.

3) I tutori *notitiae causa dati* sono a bella posta scelti *ad instruendos contutores*; essi hanno l'obbligo di apprestare ai gerenti le notizie occorrenti per l' amministrazione. Come tutori, essi hanno diritto d' interporre l' autorità, ma con le medesime limitazioni dei tutori onorarii (a).

A chi dev' essere affidata l' amministrazione dipende dall' ultima volontà del testatore, e se questa manca, dal Pretore che col suo decreto di nomina, avendo riguardo agl' interessi del pupillo (§. 139), affida a chi meglio crede queste diverse missioni (b).

(a) L. 14. §. 1. 6. de solut. (46. 3.). *Ulp.* Sunt quidam tutores, qui *honorarii* appellantur; sunt qui *rei notitiae gratia* dantur; sunt, qui ad hoc dantur, ut *gerunt*; et hoc vel pater adiicit, ut unus, puta, gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel Praetor ita decernit. Dico igitur, cuicunque ex tutoribus fuerat solutum, et si honorariis - nam et ad hos periculum pertinet - recte solvi, nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio; nam si interdicta est, non recte solvitur. §. 6. Ei qui notitiae gratia datus est on recte solvatur, videndum est, *qui ad instruendos contutores datur*. Sed quum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem cotingere.

(b) L. 3. §. 1. de adm. et per. (26. 7.). *Ulp.* Si parens vel pater, qui in potestate habet, destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere Praetor putavit;... §.

L' amministrazione può essere affidata a molti egualmente (*tutela indivisa*), sicchè tutti hanno la totale amministrazione dei medesimi beni (c). Essi saranno tutti ugualmente sindacabili; ma ciascuno ha il diritto nell' amministrazione di proibire all' altro qualsisia azione (d).

L'ufficio della tutela può essere ancora diviso tra molti contutori (*tutela divisa*), sicchè ognuno ha una porzione del patrimonio da amministrare (e). Quantunque questa tutela si chiami divisa, i tutori tutti nondimeno sono sindacabili di tutti gli affari del pupillo; ma in guisa, che per la parte affidatagli, un tutore è tenuto come gerente, e per le parti affidate all'amministrazione di ciascuno degli altri è tenuto come onorario; dato che la tutela fosse divisa dal padre stesso nel suo testamento, ovvero da un decreto del magistrato, ma non dal solo consenso dei tutori medesimi (f).

Vi può essere una vera tutela divisa, sicchè i tutori non sono in nessuna relazione tra loro, ma per casi speciali come: quando oltre al tutore ordinario si nomina un altro pe' beni lontani, che a cagione della lontananza non possono essere amministrati dal primo (g): quando si nomina

---

2. Caeteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus, nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare; constat enim, hos quoque excussis prius facultatibus eius, qui gesserit, conveniri oportere; *dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes;* imputabiturque iis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt.

(c) L. 3. §. 8. L. 24. §. 1. de adm. et per (26. 7.). *Paul.* Si duobus simul tutela gerenda permissa est vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus, benigne accipiendum est, etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt.

(d) L. 55. pr. §. 3. eod. *Tryphon.* Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit, et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit; quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae, et in solidum universi tenentur. Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur.

(e) T. C. de dividenda tut. (5. 52.).

(f) L. 2. C. de div. tut. (5. 52.). *Carin.* et *Numer.* Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adolescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. In divisionem autem administratione deducta sive a praeside, sive a testatoris voluntate, unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sostituentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt, quum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis, dicentibus, contutorem suum non administrasse res pupillares. Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adolescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat. — L. 19. 41. 51. de adm. et per. (26. 7.). — L. 1. §. 13. de tut. act. (27. 3.).

(g) L. 21. §. 2. de excus. (27. 1.). *Marc.* Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit; et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Praesides eius.

un tutore speciale per un affare, che non dev' essere amministrato dall' ordinario (h); ovvero quando invece di quest' ultimo è dato un tutore provvisionale per tutta l' amministrazione de' beni.

§. 144.

E. Delle azioni derivanti dalla tutela.

TT. D. de tutelae actione (27. 3.); — de contraria tutelae et utili actione (27. 4.); — de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum (27. 7.); — C. arbitrium tutelae (5. 51); — de heredibus tutorum et curatorum (5.54); — de contrario iudicio tutelae (5. 58.).

La tutela è nel diritto romano considerata come un quasi contratto somigliante al mandato; e come il mandato dà origine a due azioni l' una in favore e l' altra contro di ciascuna delle parti contraenti, dalla tutela similmente discende un'*actio tutelae directa*, e un'*actio tutelae contraria*.

I. L'*actio tutelae directa* è data al pupillo dopo terminata la tutela, ovvero agli eredi contro il tutore, e suoi eredi, di modo che:

1) Tra molti tutori si origina una obbligazione per l'intiero: per conseguenza quest'azione può essere prodotta indistintamente contro ciascuno, sempre che l'amministrazione non è divisa; o è divisa solamente per privata convenzione dei tutori medesimi, dato che tutti siano nello stato di poter pagare (a). Sono però concessi dal diritto tre beneficii: *beneficium excussionis et ordinis*, *beneficium divisionis*, e *beneficium cedendarum actionum*.

a) Il primo consiste in ciò, che il tutore chiamato in giudizio può chiedere che venga prima chiamato l'autore del danno, purchè egli stesso non sia in colpa e l'altro sia solvente, e tale da essere convenientemente chiamato: così il tutore onorario non può essere chiamato prima del gerente (b).

b) Col secondo benefizio si può chiedere che tutti fossero chiamati

---

(h) §. 3. Inst. de auct. tut. (1. 12.). — L. 1. 3. C. de in lite dad. tut. (5. 44.). *Gallien.* Ad protegendam causam tutor sive curator datus conveniri non potest administrationis periculo, quum sola suscepti negotii tutela mandata est. Si nihil igitur, ut allegas, praeter negotium gessisti, frustra conveneris. — Nov. 72. c. 2.

(a) L. 55. pr. de adm. et per tut. (26. 7.). — ved. §. 143. not. (d). — L. 2. 3. C. de divid. tut. (5. 52.). — ved. §. 143. not. (e). — L. 1. §. 11. 12. h. t. (27. 3.).

(b) L. 2. C. de hered. tut. (5. 54.). *Antonin.* Pater vester tutor vel curator datus si se non excusavit, non ideo vos minus heredes eius tutelae vel utili iudicio conveniri potestis, quod eum tutelam seu curam non administrasse dicitis; nam etiam cessationis ratio reddenda est. Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse, qui administraverunt, saepe rescriptum est. — L. 3. C. de divid. tut. (5. 52.). ved. §. 143. n. (b).

pro rata, purchè alla fine della tutela potessero tutti pagare, ed il chiamato non fosse in colpa (c).

c) Se uno dei tutori condannato in *solidum* non possa avvalersi di nessuno dei due precedenti beneficii, può chiedere, in virtù del terzo, che prima di pagare gli sia concessa l' azione di regresso contro gli altri contutori, facendosi cedere l'azione del pupillo; pur ammesso che egli non sia in dolo, sendo in questo caso la condanna meritata dal suo procedere illegale; quest' azione di regresso può concedersi utilmente nel caso che il minore avesse trascurato di cederla (d).

Qualora l'amministrazione sia divisa dal testatore ovvero dal magistrato, ciascuno è tenuto solamente per la parte affidatagli, e gli altri allora possono essere obbligati in *solidum*, quando per dolo o per colpa loro il gerente non fu rimosso come sospetto (e).

2) L' *actio tutelae* può essere prodotta contro gli eredi, e su ciò bisogna notare che:

a) Quando l'azione è già mossa contro il tutore, e questi muore dopo la *litis contestatio*, gli eredi possono essere obbligati nella stessa misura del tutore (f).

b) Quando il tutore è morto prima della *litis contestatio*, i suoi eredi anche possono essere chiamati in giudizio; ma essi sono tenuti solamente pel dolo e per la colpa lata del loro antecessore (g).

c) Quando l'erede si addossa l'incarico di continuare l'amministrazione del tutore, ovvero indugia di menare a compimento un affare cominciato dal suo antecessore, deve rispondere del proprio dolo e della propria colpa (h).

(c) L. 1. §. 11. 12. h. 1. *Ulp*. Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt, aequissimum erit, dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum. §. 12. Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos, qui solvendo sunt, dividitur actio; sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. — L. 2. C. si tut. vel curat. non gesserit (5. 55.).

(d) L. 1. §. 13. 14. 18. h. 1. (27. 3.). *Ulp*. §. 18. Non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest, mandari sibi actiones adversus contutorem, pro quo condemnatus est. — L. 38. §. 2. de adm. et per. (26. 7.). — ved. §. 143. n. (f).

(e) L. 2. C. de divid. tut. (5. 52.). — Ved. §. 143. not. (e).

(f) L. 8. §. 1. in fin. de fideiuss. tut. (27. 7.).— L. 1. C. de hered. tut. et curat. *Sever.* et *Anton.* Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit.

(g) L. 1. C. de her. tut. 5. 54. — ved. vol. prec. — L.4. de mag. conven. 27. 8.). — L. 39. §. 6. de adm. et per. (26. 7.).

(h) L. 4. pr. de fideiuss. et hered. tut. (27. 7.). *Ulp*. Quum ostendimus, heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus, vel propria administratio veniat in iudicium. Et extat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit, et con-

3) Finalmente se il tutore è ancora figlio di famiglia, può esser chiamato in giudizio ed obbligato come un *paterfamilias* nel caso che avesse da disporre; se è chiamato dopo l'emancipazione, può esser condannato in *id quod debitor facere potest* (§. 96.); qualora il padre si sia immischiato nell'amministrazione del figlio può essere tenuto in *solidum;* se no, dovrà risponderne solamente secondo le regole generali sugli obblighi contratti dai figli di famiglia (§. 122.) (i).

4) Se il tutore e i suoi eredi non sono solventi, il pupillo può rivolgersi ai fideiussori con l'*actio ex stipulatu*, i quali, se sono chiamati prima del tutore, possono chiedere il *beneficium ordinis*, ed anche possono far uso del *beneficium divisionis*, purchè fossero fideiussori di molti tutori; poichè non è concesso quel beneficio, se sono garanti di un solo tutore; e ciò anche quando il contratto di garentia fosse stato conchiuso per mezzo di stipulazione (k). Quando neppure i fideiussori sieno nel caso di poter dare un risarcimento al pupillo, questi può rivolgersi contro coloro, che essendo chiamati alla tutela, od avendo l'obbligo d'impetrarla *(postulatores)*, proposero altri come idonei *(nominatores)*; o contro coloro, che interrogati dal magistrato attestarono l'onestà e l'idoneità del tutore *(affirmatores)* (l). Se il tutore è un *homo alieni iuris*, il padre è tenuto, secondo le regole generali (§. 122), è obbligato in *solidum* solo nel caso in cui egli s'immischiò nell'amministrazione della tutela (m).

5) In ultimo luogo ed in mancanza d'altro il pupillo o i suoi eredi possono muovere l'*actio tutelae utilis* contro il magistrato subalterno, che trascurò di richiedere una cauzione per l'amministrazione, o si accontentò di una poco solida (n). Quest'azione contro il magistrato compete sempre

---

sumserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit; tutelae iudicio eum teneri suo nomine; nam quum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet, eum iudicio teneri ex dolo proprio. — L. 4. de mag. com. (27. 8.).

(i) L. 7. pr. de tut. (26. 1.). — L. 37. §. 2. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 21. de tut. art. (27. 3.).

(k) L. 3. 4. §. 3. L. 5. 6. 7. de fideiussor. et nom. (27. 7.). — *Alexand.* Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus, seu heredibus eorum, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas, vel (si ita malis) dividere actionem. Nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.

(l) L. 2. 4. §. 3. fin. de fideius. (27. 7.). — *Ulp.* . . . Eadem causa videtur affirmatorum, qui scilicet, quum idoneos esse tutores affirmaverint, fideiussorum vicem sustinent.—L. 1. C. (5. 57.). — Nov. 4. c. 1. — L. ult. rem pup. sal. (46. 6.).

(m) L. 1. C. quod cum eo (4. 26.).— L. 7. de tut. (26. 1.). *Ulp.* Si filiusfamilias tutor a Praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non agnovit, duntaxat de peculio. Agnovisse autem videtur, sive gessit, sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam. — L. 21. de administr. et peric. tut. (26. 7.).

(n) §. 2. Inst. de satisdation. tut. vel cur. (1. 24.). — Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum iis praesidium al pupillo, e solamente in un sol caso può competere al tutore contro il magistrato, quando cioè vi sono altri tutori ed il magistrato da uno ha domandato una cauzione, e dagli altri no, sapendo ciò quando è chiamato in giudizio dal pupillo, nè potendosi a lui imputare la colpa di averlo conosciuto prima e non aver reso sospetto l'altro (o).

6) Per mezzo dell' *actio tutelae* il pupillo o i suoi eredi chieggono tutto ciò che può domandarsi per mezzo dell'*actio mandati directa*, cioè il rendimento dei conti, ed il risarcimento de'danni. In questo giudizio può essere ammesso il giuramento in lite (§. 95.). Il pupillo potrà produrre questa azione per qualsivoglia obbligo del tutore: così in caso di furto, egli potrà usarla invece dell'*actio furti* (p).

II. Di rincontro a questa azione sta l'*actio tutelae contraria* che compete al tutore o ai suoi eredi contro il pupillo o eredi; essa tende al rimborso delle spese che il tutore ha di proprio fatte in vantaggio del pupillo, ovvero alla liberazione degli obblighi contratti per lui (q).

Quest'azione come la diretta non può essere intentata durante la tutela, ed ordinariamente si produce nel medesimo tempo.

III. Oltre all'*actio tutelae directa* può darsene al pupillo un'altra conosciuta col nome di *actio de rationibus distrahendis* contro il tutore nel caso che questi avesse distratte somme e trafugati oggetti. Essa è diretta al doppio, e quindi è azione mista. Quest'azione concorre alternativamente con l'*actio tutelae* e con la *condictio furtiva*, e cumulativamente con l'*actio furti;* e però non passa contro gli eredi (r).

---

possit offerri. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus aut curatoribus satisdari non curaverint, aut non idonee passi essent caveri: quae quidem tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus Imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.— L. 1. §. 6. 17. mag. conv. (27. 8.). — L. 2. §. 5. ad mun. (50. 1.).— L. 1. C. de tut. et curat. quis satis non dedit (5. 42.).

(o) L. 2. 3. de mag. conv. (27. 8.). — *Ulp.* Proponebatur, duos tutores a magistratibus municipalibus datos cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse; et quaerebatur, an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, quum sciret, a contutore suo, satis non esse exactum. Dicebam, quum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse, neque tutorem, quum nunquam tutor adversus magistratus habeat actionem. Senatus enim consultum pupillo subvenit, praesertim quum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit, vel suspectum non fecit, si scit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse.— L. 3. *Iulian.* Quodsi tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum, adversus magistratus actionem ei dari.

(p) L. 9. §. ult. h. t. *Ulp.* Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, et si adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio.

(q) L. 1. §. 3. L. 3. de contr. tut. vel cur. act. (27. 4.).

(r) L. 1. §. 19. ss. L. 2. §. 1. h. t. (27. 3.).— *Paul.* Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. §. 1. Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. Sed et

§. 145.

F. Termine della tutela.

TT. Inst. quibus modis tutela finitur (1. 22.): — de suspectis tutoribus vel curatoribus (1. 26.): — C. de suspectis tut. vel curat. (5. 43.): — quando tutores vel curatores esse desinant (5. 60.) — D. de suspectis tut. et curator. (26. 10.).

La tutela finisce in varii modi:

1) Si estingue *ipso iure* rispetto alla persona del pupillo, quando questi muore, addiviene pubere, o soffre qualunque *capitis deminutio* (a). Rispetto al tutore, con la morte, con la *capitis deminutio maxima* e *media*, e per la madre e l'ava, appena passano a seconde nozze (b).

2) La tutela testamentaria può ancora terminare *ipso iure*, allorquando si avvera la condizione o il *dies ad quem* determinato nel testamento (c).

3) Cessa la tutela per intervento della autorità, se il tutore nominato si trova nei casi delle scuse necessarie, o in quei casi in cui si ammettono le scuse volontarie (§§. 137. 138.).

4) Quando il tutore è rimosso come sospetto: e l'azione che produce la rimozione è riguardata come un'accusa, che potrà intentare chiunque (*quasi publica*); le donne ne sono escluse ad eccezione della madre e di colei che può avere un più o meno forte interesse. Quando tale azione è stata prodotta da molti, è accettato, come attore colui che ha nella causa più interesse (d); e quando non vi è un *accusator*, il magistrato anche *ex officio* può procedere ad una inchiesta.

Quest'accusa può esser fatta solamente al tutore che sta in ufficio, sia egli gerente ovvero onorario; se il tutore muore durante il processo, l'accusa non può essere proseguita (e).

---

condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo. §. 2. Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est. — Ved §. 86.

(a) Pr. §. 1. 3. 4. Inst. h. t. (1. 22.).

(b) §. 3. 4. eod. ved. not. antec. — Nov. 94. c. 2.

(c) §. 2. 5. Inst. h. t. (1. 22.). — Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamento, aeque evenit, ut desinit esse tutor existente conditione. §. 5. Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

(d) L. 3. §. 1. 4. — L. 1. §. 6. 7. h. t. *Ulp.* Consequens est, ut videamus qui possunt suspectos postulare, et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. §. 7. Quin imo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, utputa mater, nutrix quoque et avia possint.

(e) L. 11. h. t. — §. 8. Inst. h. t. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postquam tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

Quest'accusa serve ad assicurare il pupillo, qualora il tutore neglesse i suoi doveri, o qualora vi sieno ragioni probabili per temere che il patrimonio pupillare non sia sicuro nelle sue mani, p. e. se egli non fece inventario: la povertà del tutore non potrà mai essere cagione di simile accusa (f); rimosso il tutore per dolo, addiviene infame, anche la colpa lata è già per sè un motivo di rimozione, ma non produce infamia (g).

Per tutto il tempo che pende il giudizio di rimozione fa d' uopo conferire un altro tutore *(dativus)*.

Quando il tutore appartiene al numero delle *personae coniunctae* od è un *patrono*, non si possono applicare queste durissime regole, e però non segue la rimozione, ma a suo lato è messo un curatore, che prende in propria cura l' amministrazione; ovvero quando vi è pericolo positivo, è rimosso; ma nel decreto di rimozione, affinchè sfuggisse alla infamia, non si assegna come motivo il dolo (h).

ANNOTAZIONE

Grande difficoltà trovarono i giuristi nell' intelligenza della legge 7. *de capite minutis* (4. 5.) di Paolo, la quale è concepita in questi termini « Tutelas etiam non » amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferun*» *tur*. Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex SCto, erunt nihilominus tutores. » Sed legitimae tutelae ex XII tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et here» ditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mu» tati ». Il senso letterale delle parole segnate in corsivo contraddice alla legge 11. *de tut. et rat. distra.* (27. 3.); poichè la legge trascritta sembra stabilire che si estingue *per capitis deminutionem minimam* la tutela che è conferita ad un *filiusfamilias;* mentre l' ultima legge citata dice espressamente che la tutela conferita ad un figlio di famiglia non cade per emancipazione.

Il *Mühlenbruch* vorrebbe circoscrivere il principio di Paolo alla *datio in adoptionem;* sicchè la *capitis deminutio minima* scioglierebbe la tutela, quando il *filiusfamilias tutor* fosse dato in adozione (i). Quest'interpretazione è rifiutata giustamente dalla maggioranza degli scrittori: imperciocchè la legge trascritta non fa parola di

---

(f) §. 13. Inst. h. t. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit; enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

(g) Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non aeque.— L. 4. §. 1. 2. h. t. (26. 10.). — L. 7. C. h. t. (5. 43.).

(h) §. 2. Inst. h. t. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores; quam etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum, dummodo meminerimus, famae patroni parcendum licet, ut suspectus remotus fuerit. — L. conf. L. 38. §. 9. ad leg. Iul. adul. (48. 50.). — L. 1. c. si tut. non gessit. (5. 55.).

(i) *Mühlenbruch*, comp. §. 587.

datio in adoptionem solamente, ma di *capitis deminutio minima* in generale: onde la spiegazione del *Mühlenbruch* appare troppo sottilizzata.

Altri con più ragione hanno creduto che Paolo con quelle parole accenni alla tutela legittima delle XII tavole; e per avere chiaro il senso avvisarono di alterare il testo; così vediamo molti seguire *Gotofredo*, il quale in vece di *iure alieno*, legge *iure antiquo* (k); altri seguire l'edizione Aloandrina, la quale legge *non deferuntur* invece di *deferentur* (l). Sembra però che, stando agli scoliasti delle Basiliche, non sarebbe necessaria questa modificazione del testo; di fatti essi spiegano le parole controverse : τουτέστι τοῖς διαμείνασιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς (*hoc est, qui remanserunt in potestate usque ad mortem patris*); il che vuol dire quella tutela termina con la *capitis deminutio*, la quale è conferita agli agnati (m).

§. 146.

G. Del protutore e falso tutore.

D. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit (27.5):—quod falso tutore gestum esse dicatur (26. 6).—C. de eo, qui pro tutore.

Dicesi protutore colui, che s'ingerisce nell'amministrazione della tutela, senza essere vero tutore, o senza che sia legalmente eletto, sappia egli o no che la tutela non gli spetta; se poi questo supposto tutore interpone la sua autorità, è chiamato *falsus tutor*. Egli si trova nei medesimi vincoli obbligatorii rispetto al pupillo, come se fosse un vero tutore, epperò nasce un'azione, ch'essendo simile a quella della tutela, è appellata *actio pro tutelae directa*, per costringere il protutore a render conto della sua amministrazione e a risarcire il pupillo dei danni, come un tutore davvero (a). Nel modo stesso il protutore avrà per sè l'azione *protutelae contrario* per essere rivaluto dei danni (b); la sola differenza che vi esiste tra la *protutelae* e l'*actio tutelae* è, che può essere prodotta anche durante l'amministrazione (c).

D'altra parte il protutore non ha facoltà di amministrare il patrimonio del pupillo come vero tutore, non può quindi essere in egual grado tenuto per omissioni (d). Il pupillo non è menomamente tenuto pei contratti fatti dal protutore in suo nome; se il protutore ha interposta l'autorità per un atto giuridico, che il pupillo conchiuse col terzo, questi rimane legato; soltantochè se non conosceva la falsità del tutore, e dall' affare conchiuso ha un vero pregiudizio, il Pretore gli concedeva la restituzione in intiero, e contra colui il quale, sapendo di non essere vero tutore, interpose in questo affare l' autorità, era data un' azione per risarcimento (e).

(k) *Gothofr*. not. ad XII Tabul. (in Ottonis thesaurus II. p. 170.).

(l) *Savigny*. Sist. II. p. 77. not. p. — *Huschke*, museo renano VII. 168.

(m) *Rudorff*, Dritto di tut. III. pag. 238.—*Arnd*. Pandette §. 450. annot. 1.—*Vangerow*, o. c. I. §. 288.

(a) L. 1. pr. L. 4. de eo, qui pro tut. (27. 5.). *Ulp*. Protutelae actionem necessario Praetor proposuit; nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor, an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut, sive tutor est, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur. §. 3. Cum eo, qui pro tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse, nulla dubitatio est, quia tutor non est.

(b) L. 5. h. t. *Ulp*. Ei, qui pro tutore negotia gessit, contrarium iudicium competit.

(c) L. 1. §. 3. eod. ved. not. (a).

III. Della cura.

§. 147.

A. Cura dei minori.

Inst. de curatoribus (1. 23.).—*Savigny*, Della cura dei minori per diritto romano e specialmente della legge Pletoria, Berlino 1833 — *Rudorff*, o. c. 1. pag. 91. ss.

Secondo le più recenti leggi, sebbene il pubere dal primo giorno del suo quindicesimo anno esca dalla tutela, può nondimeno domandare un curatore permanente, e specialmente quello ch' egli stesso designa: ma il Pretore per qualunque motivo può rifiutare il curatore proposto (a). In alcuni casi il pubere è obbligato a domandare un curatore, così per un processo, per riscuotere un pagamento, e specialmente per rivedere i conti presentati dal tutore al termine della tutela (b).

Il curatore dei minori è assolutamente dativo, nè può essere chiamato da un testamento. È idoneo alla cura colui ch' è dichiarato idoneo alla tutela, soltantochè il marito non può essere curatore della moglie minore, nè vi può esser obbligo d' accettare la cura di una persona, sulla quale si è già esercitata la tutela (c).

(d) L. 1. §. 9. eod. *Ulp.* Sed utrum solummodo in id, quod gessit, tenebitur, an vero in id etiam, quod gerere debuit? Et si quidem omnino non attigit tutelam, non tenebitur; neque enim attingere debuit, qui tutor non fuit. Quodsi quaedam gessit, videndum, an etiam eorum, quae non gessit, teneatur. Et hactenus tenebitur, si alius gesturus fuit; sed et si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit se administratione, videamus, an teneatur, si necessarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent; quod verius est.

(e) L. 1. §. 6. L. 2. L. 7. pr. quod falso tut. (27. 6.).

(a) Pr. §. 2. *Inst.* h. t. Masculi puberes et feminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia, licet puberes sint, adhuc tamen eius aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint. §. 2. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest. — L. 2. §. 4. 5. qui petant. (26. 6.).—L. 43. §. 3. de procur. (3. 3.).

(b) §. 2. Inst. h. t.— ved. not. prec.—L. 1. C. qui petant. (5. 31.). — L. 7. §. 2. de min. (4. 4.). — L. 5. §. 5. L. 33. §. 1. de adem. et pr. tut. (26. 7.).

In quanto all' amministrazione della cura, e specialmente al decreto giudiziale, all' inventario, al giuramento, e alla cauzione valgono le medesime regole che sulla tutela (§§. 139. 142.).

I minori soggetti al curatore possono senza l'intervento di questo efficacemente obbligarsi, eccetto nelle alienazioni, essendo per queste assolutamente necessario il consenso del curatore ed il decreto giudiziale. Se poi per l'imperfetta sua età il minore si trovasse pregiudicato nelle sue sostanze, gli si concede il beneficio della restituzione in intiero (§. 99.) (d).

La cura termina nei modi stessi di estinzione della tutela, o con l'età di 25 anni compiuti, o con la dispensa degli anni (*venia aetatis*).

ANNOTAZIONE

La facoltà che ha il minore di obbligarsi senza il consenso del curatore, anche quando abbia domandato un perenne curatore, è chiarissimamente provata dalla legge 101. de V. O. (45. 1.). *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*. Con tuttociò se ne manifesta ancora il dubbio, e la quistione su ciò non manca di essere abbastanza agitata; specialmente vogliono alcuni che il minore si potrà obbligare sopra la persona, ma non sopra il patrimonio. Prima di ogni altro è mestieri conoscere quali sieno quelle obbligazioni che riguardano la sola persona, e quali quelle che riguardano il patrimonio. Coloro che fanno siffatta differenza possono intendere per obbligazioni, che riguardano la persona, quelle in *faciendo*; ma anche queste per volontà del debitore possono cambiarsi in obblighi pecuniarii, e prestazioni d' interessi, ossia in obbligazioni tali che cadono sul patrimonio: ovvero intenderanno gli sponsali o promesse di matrimonio, che certamente il minore può contrarre senza il consenso del curatore; ma in questo modo ci troviamo fuori via, non essendo questi contratti obbligatorii. Checchè ne sia, secondo i fonti non si può non ammettere pel minore la facoltà di obbligarsi senza il consenso del curatore, anche permanente, in tutte le obbligazioni, tranne alcune speciali: quantunque poi potesse avere nei casi di lesione la restituzione in intiero.

Per sostenere una tesi a questo principio contraria è stato necessario agli altri giuristi di elevare ipotesi poco fondate, e quello che più monta, di alterare più o men gravemente il testo. Di fatti vediamo il *Donello* interpolare un *non* innanzi ad *obligari*; ed altri leggere OBLIGARE in cambio di *obligari* (e). La *Glossa* interpreta la legge come se parlasse di quei minori solamente, i quali non hanno curatore; finalmente altri interpetrano le parole della legge nel senso, che non sia necessaria la presenza del curatore (f). Quanto valore abbiano queste opinioni si mostra dalla ripetizione del medesimo principio nella legge 43. *de O. et A.* (44. 7.). « Obligari » potest paterfamilias, suae potestatis *pubes*, compos mentis; pupillus sine tutoris » auctoritate non obligatur iure civili, servus autem ex contractibus non obligatur » e nella legge 141. §. 2 *de V. O.* (45. 1.) « Pubes vero, qui in potestate est, *proinde ac si paterfamilias esset, obligari solet* (g).

(c) §. 1. Inst. h. t. Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis. — L. 2. 17. C. de excus. (5. 62.). — §. 18. Inst. de excus. (1.25.). — §. 19. eod. Idem (Severus et Antoninus) rescripserunt, maritum uxori suae curatorem datum excusare se posse, licet se immiscat.

(d) L. 101. de V. O. (45. 1.). — L. 43. de O et A. (44. 7.). — L. 2. §. 1. de pell. (50. 12.). — L. 3. §. 2. de SCto Macedon. (14. 6.). — L. 12. C. de iur. delib. (6. 30.). — ved. annot.

(e) *Noodt*, de pactis et transactionibus c. 20, — *van Leuwen*, ad hanc. leg.

A sostegno della contraria opinione si cita la legge 3. C. de in int. rest. (2. 22.). « Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res vendidisti, » hunc contractum servari non oportet; quum non absimilis ei habeatur minor cu- » ratorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est Si vero sine » curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si » necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis ».

In questa legge il minore che senza consenso del suo curatore fa una vendita è equiparato perfettamente al prodigo. Ma chi nega che in quanto alla vera alienazione, cioè alla vendita ed alla costituzione di un pegno, v'ha un'eccezione, la quale per altro non distrugge, anzi conferma il principio generale? E bisogna pur dire, che questa eccezione sia d'accordo cogli ultimi temperamenti sull'istituto della tutela. E di vero il tutore, avendo la libera amministrazione, poteva per lo innanzi obbligare il pupillo nelle alienazioni, ovvero interporre la sua autorità, affinchè il pupillo potesse alienare validamente; eppure da Settimo Severo gli fu limitata la facoltà in modo che non bastasse neanche la sua libera amministrazione per alienare certe cose del pupillo, e da Costantino in poi gli fu tolta di mano ogni specie di alienazione. Che meraviglia adunque se per la vendita, le leggi in armonia con tutto l'istituto della tutela abbiano anche per la cura prescritto un simile temperamento?

§. 148.

B. Della cura di altre persone.

T. D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis (27. 10.).— C. de curatore furiosi vel prodigi (5. 70.).

Oltre ai minori sono sottoposti alla cura i furiosi, i prodighi, i sordi e i ciechi.

1) La cura dei furiosi è un istituto antichissimo del diritto romano che mette capo nelle leggi delle XII tavole (a), secondo le quali eran chiamati alla cura i più prossimi agnati ed in mancanza i gentili del furioso; di poi essa poteva esser data solamente per decreto del magistrato, onde

---

(f) *Vinnio*, de pact. c. 14. ad Inst. III. 20 §. 9.

(g) Ved. not. (d).

(a) *Ulpiani.* Fragm. XII. 2. Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse adgnatorum.

si ebbe come pe' minori una cura dativa; se non che pure quando in un testamento era designato un curatore al furioso, il magistrato ne dovea tener conto; ma alle volte secondo le circostanze de' casi, e per vantaggio del furioso medesimo poteva esser rifiutato il curatore nominato nel testamento del padre o della madre.

2) La cura del prodigo dipende indispensabilmente dall'interdizione dei beni (*interdictio bonorum*) inflitta ad una persona, perchè dilapida le proprie sostanze. Anche questa specie di cura è antichissima e, a voler stare alle testimonianze de' fonti (b), era sancita pure nelle leggi delle XII Tavole. Questa tutela come la precedente era legittima, in quanto che era deferita agli agnati, ma veniva limitata ai soli beni che il prodigo avea ereditato *ab intestato* dal padre o dall'avo paterno; per tutti gli altri beni il curatore era destinato dal Pretore (c). Per diritto posteriore questa cura è anche dativa, non potendosi dare il curatore se non dal magistrato (d).

3) Dal magistrato è nominato ancora il curatore di quelle persone, che per lo stato della loro sanità non possono in nessun modo attendere ai proprii affari (e).

4) L' ufficio del curatore comprende solamente l' amministrazione dei beni, e, dove vi è necessità, le cure personali, come pei furiosi. Al prodigo è interdetta la libera amministrazione dei beni, e per l' alienazione di questi è necessario l' assenso del curatore.

5) Queste cure speciali terminano non solo co' modi di estinzione comuni alla tutela e alla cura, ma ancora col terminare della causa per la quale furono assegnate: così termina la *cura furiosi* non appena l'individuo addiviene di mente sana; quella dei prodighi con la dichiarazione del magistrato che la riabilita; finalmente la cura di quelli affetti da morbo col cessare della malattia.

(b) §. 3. Inst. de curat. (1. 23.). — L. 1. p. h. t. *Ulp.* Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi; et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum. — L. 13. de curat. furios (27. 10.). — confr. L. 18. qui test. fac. pass. (28. 1.).

(c) *Ulp.* Fragm. 12. 3. A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona; his enim ex lege curator dari non poterat, quum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri: libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.

(d) Ved. not. (b).

(e) L. 2. h. t. *Paul.* Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit, nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.

II. Si possono dare curatori anche per altre cause legittime, e principalmente si possono annoverare le seguenti cure:

1) quella di un' eredità giacente (f);

2) quelle delle facoltà di un debitore che cade in un concorso di creditori (g);

3) quella assegnata *ventris nomine* (h);

4) la cura *ex Carboniano edicto*, quando si muove lite sullo stato al figliuolo impubere di un defunto (i);

5) quella determinata per le sostanze di un assente che non ha lasciato procuratore (k).

APPENDICE VIII.

La tutela qual si presenta nel diritto Giustinianeo è l' ultimo risultato di un lungo e vario svolgimento, che ne modificò non le accidentalità solo, ma lo stesso principio informatore.

Era proprio del popolo romano il concetto che gl' individui, ch' eran fuori della *potestas*, della *manus*, o del *mancipium*, non avessero perfetta la personalità, ma abbisognassero di una *defensio*, ossia fosse d' uopo che si pensasse di supplire l'*auctoritas* che mancava su loro. Chi è imbelle non può difendersi da sè, non è *vir*, non è persona perfetta, e come non può difendere sè e i suoi diritti, ha bisogno della *defensio*, della tutela. In generale sono due le classi di persone reputate per loro condizione imbelli, l' impubere, ossia l' individuo che non ha peranco pigliata la toga virile, e la donna; e per queste persone il diritto romano stabilisce la TUTELA *impuberum* e la *tutela mulierum*. Lasciare loro l' amministrazione libera dei proprii beni era pericoloso a cagione della loro debolezza, e però serbare il patrimonio del pupillo e della donna, affinchè non andasse a male, era interesse e diritto dei congiunti della famiglia, o, se mancassero, della stirpe.

(f) L. 3. de curat. fur. Dum deliberant heredes instituti adire bonis, a Praetore curator datur.

(g) L. 2. de curat. bon. dant. (42. 7.). *Ulp.* De curatore constituendo hoc iure utimur, ut Praetor adeatur; isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum, vel Praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt.

(h) L. 8. h. t. *Ulp.* Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet. Eumque rem salvam fore viri boni arbitratu satisdare Proconsul iubet. — L. 1. §. 17. 23. de ventr. in poss. mitt. (37. 9.).

(i) L. 5. §. 1. de edicto Carb. (37. 10.). *Ulp.* Si impubes non defendatur, idcircoque missus sit in possessionem etiam adversarius eius, actiones hereditarias quis exercebit? Et ait Iulianus libro vicesimoquarto Digestorum, curatorem constitui debere, qui omnia curet, actiones exerceat.

(k) L. 15. p. ex quib. caus. maior. (4.6.).—L. 6 in fin. de tut. (26.1.). *Ulp.* Ei, cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit, an in pendenti sit datio quaeri potest. Et non puto dationem valere. Sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset. Imo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.

Chi adunque avea il diritto di successione, ed era perciò immediatamente chiamato alla eredità del pupillo, quegli aveva il diritto di difendere la persona di lui, ed amministrarne i beni.

La tutela adunque nel suo carattere primitivo è un diritto di patrocinio che in tal qual modo supplisce alla *potestas* che manca sull' impubere; ed è istituita nell' interesse non del pupillo direttamente, ma del tutore prossimo congiunto di lui. Di questa tutela la prima forma è senza dubbio la legittima.

Secondo le leggi delle XII tavole era chiamato alla tutela il più prossimo erede, l' agnato (a), purchè fosse capace e rimanesse sempre tale, onde una *capitis deminutio minima* scioglieva questa specie di tutela (b). Ma al pari come il diritto di successione è conceduto per legge non solo, ma per ultima disposizione, così il diritto della tutela può esser trasferito per testamento; è quindi necessario che chi concede questo diritto fosse il *paterfamilias*, ed è nulla, quando sia ordinata nel testamento da chi o non avesse potestà, o l'avesse perduta su colui che dovrebbe essere alla tutela sottoposto; così il *Latinus Iunianus* non può dare siffatta tutela (c).

In forza del *ius patronatus* se si fosse manumesso uno schiavo ancora impubere, era chiamato alla tutela come all' eredità legittima il patrono: ma era necessario che si avesse avuto sullo schiavo la proprietà quiritaria; giacchè nel caso opposto, come non diveniva erede, non aveva neppure il diritto alla tutela (d).

Dall' istituto del patronato deriva per similitudine la *tutela fiduciaria;* imperocchè essendo considerato *servi loco* colui che trovavasi *in causa mancipii*, ed essendo manumesso con le medesime forme che lo schiavo (e), era naturale, che il diritto di eredità concesso al patrono dalle leggi delle XII tavole si estendesse ancora al manumissore di un *caput liberum*, e da ciò emergeva pure il diritto della tutela. Così un figlio di famiglia allo scopo di emancipazione era con la *mancipatio* fatto mancipio altrui, a quest' atto si aggiungeva un *pactum fiduciae, ut manumittetur*, ovvero *ut remanciparetur;* perciò la tutela del manumettente e dei suoi legittimi discendenti sull' emancipato impubere fu detta tutela fiduciaria: la quale poteva appartenere così all' *extraneus manumissor*, ossia a quel tale che aveva acquistato il *mancipium* col patto *ut manumittetur*, come al padre stesso, al *parens manumissor* che avea fatto suo figlio mancipio altrui col patto *ut remanciparetur*, ed avea poscia manumesso il figlio dopo la *remancipatio*; in mancanza del padre la tutela passava agli agnati discendenti secondo il grado della parentela civile (f).

(a) §. 1. 2. inst. de leg. agn. tut. (1. 15.). Quod autem lex (duodecim tabularum) ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare, sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is qui datus est tutor, vivo testatore decesserit. — *Gai*. Inst. II. §. 156-157.

(b) §. 1. 5. Inst. de cap. dem. (1. 16.). — L. 7. pr. de capit. min. (4. 5.). Tutelas etiam non amittit capitis minutio: exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferuntur, (V. §. 145 ann.). igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex Senatusconsulto, erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae, ex XII Tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. — *Gai*. Inst. I. §. 158-163.

(c) *Ulp*. Fragm. XI. 6. 14. Legitimi tutores alii tutelam in iure cedere possunt. — *Gai*. Inst. I. §. 23. Non tamen illis permittit lex Iunia, nec ipsis testamentum facere, nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari.

(d) *Gai*. Inst. I. 167. Sed latinarum et latinorum impuberum. . . . . Ante manumissionem ex iure quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo non etiam te manumissa latina fieri potest . . . tutela tibi competit; nam ita lege Iunia cavetur. Itaque si ab eo, cuius et in bonis, et ex iure quiritium ea ancilla fuerit, facta sit latina, ad eundem et bona et tutela pertinet.— *Ulp*. XI. 19.

(e) *Gai*. Inst. I. 123. 138. III. 114.

Finchè durò questo carattere della tutela l' amministrazione del tutore sopra i beni del pupillo fu perfettamente libera, e solamente le donazioni furono proibite in ogni tempo; bisogna quindi percorrere tutto lo svolgimento di questo diritto per trovare le prime disposizioni che restringono la libera amministrazione; giacchè, come sopra si è detto, solo ai tempi di Settimio Severo furono proibite al tutore alcune alienazioni.

Questo diritto della tutela derivante da quello di successione restò lungamente di stretto diritto civile; imperocchè quantunque il Pretore avesse cambiato l'ordine di successione, misurandolo dai legami di cognizione, pure non avendo avuto quest' ordine novello per lungo tempo nessun effetto sulla delazione dell'eredità, la tutela restò sempre un istituto del diritto civile. Una sola modificazione verso la fine della repubblica fu ammessa non sopra altro, che sul modo di conferirla; giacchè fino a quel tempo non erano conosciuti altri modi di conferimento, che per legge o testamento; stando la tutela come diritto di famiglia, il magistrato non poteva concederla a suo arbitrio, senza che una legge speciale a ciò non lo autorizzasse; così venne la legge Atilia, e quindi l' altra Giulia e Tizia che introdussero la tutela dativa (§. 13.).

Con tutto ciò il diritto pretorio ebbe una qualche efficacia sulla tutela e specialmente sulla testamentaria, in quanto che fu temperato l' antico diritto rigoroso che metteva per condizione necessaria di così fatta tutela la *patria potestas* del padre, sì che questi non poteva nominare il tutore per un figlio emancipato; ma posteriormente con la conferma del testamento paterno potevasi legalizzare la tutela data fuori di quella condizione.

Dal terzo periodo si comincia a pigliare in considerazione l' interesse del pupillo anzichè quello del tutore; come nelle altre potestà familiari i sottoposti sempre più si emancipano, così la persona del pupillo a grado a grado si eleva, e piglia tali diritti verso il tutore, da far finalmente guardare la tutela quale *munus publicum* piuttosto, che come diritto privato del tutore ad amministrare le cose del pupillo. Per la qual cosa non restò più all' arbitrio del chiamato di rinunciare alla tutela, ma fu obbligato di accettarla, dandogli solo determinate scuse di esenzione. Tolto via il *mancipium*, più non si ebbe la tutela fiduciaria; e terminata la *manus*, ed acquistando la donna indipendenza e dignità, finì egualmente la tutela delle donne. Finalmente Giustiniano, cambiando totalmente il diritto di successione, dette alla tutela novella forma e regola.

Non più gli agnati ma i cognati furono dalla Nov. 118 chiamati all' eredità, e e così invece della *legitima agnatorum* nacque la *legitima cognatorum tutela*, ma è sempre un dovere unito alla capacità di amministrare, ed in cui si ha di mira l'interesse del pupillo.

(f) *Ulp.* XI. 5. Qui liberum caput mancipatum sibi, vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. — *Gai.* Inst. I. §. 114. 115. 166. 172-75. 190. 192. 195. II. 122.

Notiamo ora alcun tratto speciale sulla tutela delle donne.

La donna è un essere debole che ha bisogno della *defensio* a causa del suo sesso, ripugnando al sentimento morale dei Romani di concederle una perfetta indipendenza; essa è quindi o sottoposta alla *potestas*, *manus*, ovvero deve, qualora divenga *sui iuris*, essere sottoposta alla tutela durante tutta la vita. Il principio che informava cotesta tutela è il medesimo che per l' impubere; era statuita affinchè si conservassero intatti i beni nell' interesse del più prossimo congiunto della donna, il quale ne assumeva appunto la tutela: sia che fosse il più prossimo agnato, sia che fosse il manumissore di una schiava, ovvero l' estraneo manumissore di una donna tenuta in *mancipium* (g). La particolarità di questa tutela è che le donne eran credute incapaci solamente di alcuni atti come delle alienazioni delle *res mancipi* e delle obbligazioni: e qui si richiedeva l'*auctoritas* del tutore: mentre poi questi nulla aveva che fare con l' amministrazione, e molto meno poteva ingerirsi negli affari *iuris gentium*, purchè non fossero obbligazioni, ne' quali affari la donna era assolutamente padrona di sè stessa, poichè, essendo la *tutela mulierum* istituto di pura ragion civile, non poteva esercitarsi in ciò che concerneva il diritto delle genti.

Questa tutela come le altre era legittima e testamentaria; ma i tutori legittimi non potevano esser costretti ad interporre l' autorità, come nei tempi posteriori fu fatto *ex magna causa*, e potevano trasmettere ad altri il diritto della tutela per mezzo della *in iure cessio* (h).

La donna poteva sottrarsi alla tutela legittima in varii modi:

1) per mezzo del tutore testamentario nominato dal padre, che durava anche oltre la maggiore età, e così rimaneva escluso il tutore legittimo (i);

2) per mezzo della *tutelae optio;* il marito, tutore per la *manus*, della moglie, potea a questa concedere il permesso di scegliersi un altro tutore, detto perciò *tutor optivus*. La *optio* era *plena* quando la donna poteva scegliere comunque volesse; era *angusta* quando la sua facoltà avea dei limiti (k).

(g) *Ulp.* XI. 3. 5. 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent.

(h) *Gai.* Inst. I. 168. 172. 191. 193. Agnatis, qui legitimi tutores sunt, item manumissoribus, permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.

(i) *Gai.* Inst. I. 144. 145. Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent, testamento tutores dare; masculini quidem sexus, impuberibus duntaxat; feminini autem tam impuberibus, quam nubilibus. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.

(k) *Gai.* Inst. I. 150. 154. In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare, hoc modo: Titiae uxori meae tutoris optionem do. Quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas optare. 151. Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. 152. Plena ita dari solet, ut proxima ac supra diximus; angusta ita dari solet: Titiae uxori meae duntaxat tutoris optionem semel do, aut dumtaxat bis do. 153. Quae optiones plurimum inter se differunt; nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter, et saepius tutorem optare; quae vero angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest; si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.

3) per mezzo della *coemtio fiduciae causa* fatta con un estraneo, ordinariamente vecchio senza figli (l);

4) in alcuni casi per legge, la quale dava tutori speciali, quando il tutore legittimo fosse impedito di operare, così per costituire la dote, *dotis constituendae causa ex lege Iulia et Papia*; così quando il tutore legittimo era minore, ovvero dato ad *adeundam hereditatem* (m).

Tutti questi tutori potevano essere obbligati ad interporre la loro autorità: ma la tutela degli agnati per le donne fu abolita per mezzo di un rescritto di Claudio, restando il tutore testamentario, ed in mancanza, il dativo, e la tutela legittima del patrono e dal manomettente del mancipio.

Erano libere di tutela le Vestali, e le donne che avevano il *ius liberorum* secondo la legge Giulia e Papia, cioè la ingenua che avesse tre figli, e la libertina che ne avesse quattro (n).

Negli ultimi tempi dell' Impero finì totalmente la tutela delle donne, e trovasi solo menzionata in un editto di Diocleziano (o). Ma d'allora in poi non se ne ha più contezza.

(l) *Cicer.* Pro Murena c. 12.

(m) *Gai.* Inst. I. 173. 181. Praeterea senatusconsulto mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere, quo petito prior desinit; nec interest quam longe aberit is tutor..... 174. Sed excipitur ne in absentis patroni locum liceat libertae tutorem petere. 175. Patroni autem loco habemus etiam parentem qui in... sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione legitimam tutelam nanctus est. Huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur: patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur quam et pater eorum habuit. 176. Sunt tamen causae, ex quibus etiam in patroni absentis locum.... tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.

(n) *Gai.* I. 115. 145. 194.

(o) *Frag.* Vat. §. 325.

LIBRO III.

Diritti Reali.

CAPITOLO I.

DEL POSSESSO.

T. D. de acquirenda vel amittenda possessione (41. 2.); — C. de acquirenda vel retinenda possessione (7. 32.).—*De Savigny*, Il diritto del possesso, Giess. 1803.—*Tiegerström*, La *bonaefidei possessio* e il diritto del possesso, Berlino 1836. — *Puchta*, Corso delle Istituzioni.

§. 149.

I. Concetto e divisione del possesso.

In generale per possesso s'intende l'autorità di fatto che una persona tiene sopra una cosa, congiunta al proposito di tenerla per sè, coll' *animus*, cioè, *rem sibi habendi* (a).

1) Così definito, il possesso si dichiara per uno stato di fatto, che rivela l'esclusivo ed illimitato potere della persona sopra quel determinato obbietto; ossia l'esercizio d'un diritto di proprietà, senza che appaia se questa relazione provenga o no dal diritto.

La quale relazione congiunta alla volontà incessante di escludere qualunque altro da quello esercizio (b), anche solamente come tale può avere grande importanza. Imperocchè per mezzo di fatti esterni si appalesano le relazioni giuridiche, e, quando si osserva che taluno senza interruzione e con perenne proposito si svolge in un determinato senso, si presume che tale esercizio fin dal principio abbia causa legale; presunzione che dura finchè non si abbia certezza del contrario.

Quindi questo stato di fatto, di cui non si sa, se sia o no l'effetto di un diritto, e anche non l'essendo, se colui, il quale si rappresenta come subbietto, sappia o no l'ingiustizia che commette (c), debb'essere guarentito e protetto come qualunque svolgimento della personalità, che non sia evidentemente ingiusto.

(a) L. 1. p. h. t. *Paul.* Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Greci *(detentionem)* dicunt.

(b) L. 1. §. 3. h. t. *Paul.* Furiosus et pupillus sine tutoria auctoritate, non potest incipere possidere; quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant: sicuti si quis dormienti aliquod in manu ponat. . . . .

(c) §. 4. Inst. per quas person. (2. 9.).

È massima che niuno dev'essere ad altri preferito, finchè non pruovi per sè un diritto migliore; vale a dire, finchè non metta avanti in proprio favore una migliore presunzione, o non distrugga affatto quella che favorisce colui che esercita già il diritto. In materia di possesso ciò si fa o producendo un titolo migliore, o provando addirittura il diritto di proprietà, giacchè avuta certezza di questo diritto, termina il possesso; ma finchè non è provata la proprietà, se ne lascia e se ne tutela l' esercizio a chi lo tiene di fatto. Essendo il possesso tal fatto che fa nascere presunzione di proprietà, è solo possibile dove la proprietà è possibile, e non dove questa non può aver luogo; il che è tanto chiaro che alcuna volta nelle leggi è usata la parola *possessio* in senso di proprietà (d).

Da questo valore giuridico del possesso nascono i così detti *iura possessionis*, cioè il diritto di poter usare le azioni per difendere il proprio possesso contro ogni turbativa (interdetti), quantunque il diritto di possedere *(ius possidendi)* potesse appartenere ad un altro: ed ancora sotto certe condizioni può il possessore acquistare per mezzo del possesso il pieno diritto di proprietà (usucapione). Qui si distingue il *ius possessionis* dal *ius possidendi*, quello vale per presunzione come causa efficiente di diritti, e l'ultimo è per contrario l'effetto di un diritto stabilito e conosciuto (e).

2) Ma perchè il possesso potesse avere questi effetti conviene che sia civile, onde la prima divisione del possesso in civile e naturale; è possesso civile, quando si possiede *animo domini*, ossia con l'intenzione di attribuire a sè il diritto di proprietà; è al contrario naturale quel possesso al quale manca una tale intenzione, quando si possiede *alieno nomine*, o senza coscienza, ossia la semplice detenzione, ch'è pure il materiale fondamento del possesso civile: i Romani esprimevano il naturale: *tenere, naturaliter possidere, in possessione esse, corporaliter possidere.*

Conviene inoltre che il possesso sia giusto, ed è tale quello non viziato dai tre vizii del possesso, che è insomma *nec vi, nec clam, nec precario;* il contrario è possesso ingiusto (f).

(d) L. 78. de V. S. (50. 16.). — *Paul.* Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat: sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.

(e) §. 3-6. Inst. de interd. (4. 15.). — L. 2. uti poss. (43. 17.). — L. 11. pr. h. t.

(f) L. 6. pr. §. 1. L. 7. h. t.

ANNOTAZIONE

Sulla nomenclatura e propriamente sul significato delle parole *possessio civili* e *naturalis*, avvi forte controversia. Dagli effetti del possesso si può stabilire che in tutti i casi in cui il possesso ha conseguenze giuridiche, ossia quando sono ammessi almeno gl' interdetti possessorii, si ha una *possessio civilis* secondo i Romani, se il *contrario*, il possesso è detto naturale. Questa opinione è sostenuta dal *Thibaut* e da molti altri (g). Altri distinguono i diversi effetti del possesso e stabiliscono che per *possessio civilis* s' intende dai Romani il possesso che produce l' usucapione, *possessio naturalis* al contrario quello che non può avere tale effetto. Ma questa *possessio naturalis* a volta sua può esser tale che fa nascere gl' interdetti possessorii, ed allora si chiamerà *possessio per eminentiam*, o possesso propriamente detto; ovvero può non produrre questo effetto giuridico, e sarà detto possesso naturale nel significato ristretto della parola.

Egualmente *civiliter non possidere* ha doppio significato, può questa frase denotare la negazione del possesso civile, ovvero anche la negazione di ogni possesso fondato su motivi giuridici. Questa divisione è del *Savigny* il quale è seguito dalla maggior parte dei giuristi moderni (h). Secondo questi adunque il possesso si tripartisce in civile, giuridico o anche naturale, e naturale in senso stretto.

Volendo attingnere dai fonti la vera divisione del possesso, si vedrà quel che sopra abbiamo esposto, che cioè se la *detentio* è congiunta coll' *animus domini*, *animus rem sibi habendi* è possesso civile, senza questa intenzione è sempre naturale, anche se l' intenzione vi stesse di fatto, ma non potesse aver luogo per legge; come quando si possiede una *res* fuori commercio, o quando il possessore è incapace di proprietà, ovvero quando il possesso discende da un atto considerato nullo per diritto civile (i).

L' opinione del *Savigny* è giustificata perchè tra gli effetti del possesso la sola usucapione procede propriamente dal diritto civile; ma questo significato, che dà l' illustre giurista alle parole *civilis possessio*, è meramente storico, e saremmo di accordo se si trattasse sapere, degli effetti del possesso quali abbiano origine civile e quali pretoria. Ora non è già questo il punto della questione; poichè la parola *civile* in dottrina vuol dire tuttociò ch' emerge dall' individualità del diritto romano, qualunque ne sia l' organo legislativo; sicchè in questa accettazione anche il diritto pretorio è compreso nel diritto civile. Siamo però lontani di accettare la divisione del *Thibaut* e degli altri; poichè, sebbene si concedano gl' interdetti possessorii a possessori, ai quali manca in tutto l' *animus domini*, questo è per cause speciali (§. 150 ann.), nè faceva bisogno cambiare le espressioni già adottate. Da ciò risulta che, dando il vero significato alla locuzione *civilis possessio*, e prescindendo dalle eccezioni e casi particolari, nei quali sono conceduti gl' interdetti anche al possessore naturale, sarà raffermata la nostra divisione, ossia che dato nel possessore l'*animus*

(g) *Thibaut* arch. civile XVIII. pag. 317., XXIII. pag. 167. ss.—*Warnkiinig*. archiv. civ. XX. pag. 178.—*Sintenis*, diritto civile prat. I. pag. 447. ss. not. 23. 24.

(h) *Savigny*, del possesso §. 7.—*Tohn*. Museo renano IV. 93.—*Puchta*, de possessione civili, Lipsiae 1839.—*Arndts*, comp. §. 136. — *Haimberger*. §. 182.

(i) L. 1. §. h. t. ved.—*Burchardi*, comp. del diritto romano II. §. 151.

rem sibi habendi, sarà un possessore civile, se per contra non abbia quest' animo, sarà naturale. La testimonianza dei fonti, se ben s' interpetrano, è chiaramente in favor nostro. Giuliano nella legge 2. §. 1. pro herede (41. 5), così si esprime. « Quod » vulgo respondetur: causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipien» dum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propte» rea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui » commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse ». Dapprima è fuori dubbio che i casi di possesso naturale riferiti da Giuliano in questa legge giustificano pienamente la nostra opinione, specialmente quando si confronti con questa altra legge del medesimo giurista L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.); sicchè argomentando da' due testi di Giuliano, possiamo affermare che questi intendeva per possessori naturali coloro ai quali mancava l' *animus rem sibi habendi*, e civili quelli che avevano tale proposito di attribuirsi la proprietà. Difficile sarebbe l' assunto di conciliare il frammento di Giuliano con la teorica del *Savigny*, imperocchè se Giuliano avesse potuto parlare dell' applicazione della massima *causam possessionis nemo sibi mutare potest* al solo possesso che tende alla usucapione, si dovrebbe tenere quella massima come di nessuna pratica importanza. Di fatti il *Savigny* crede, per giustificare la sua divisione, che la massima suddetta si rapportasse solamente alla *usucapio pro herede*, per la quale, secondo il diritto anteriore a Giustiniano il possessore delle cose ereditarie, indipendentemente se di buona o mala fede, ed in generale se in condizione o no per usucapire, acquistava la proprietà delle cose ereditarie in un solo anno, qualunque fosse la natura di esse.

Ora l' *usucapio pro herede* di questa forma e carattere più non si ha nella legislazione giustinianea, sicchè stando alla interpetrazione del *Savigny* tutta la regola: *causam possessionis nemo sibi mutare potest*, non sarebbe più applicabile. Che poi questa regola fosse stata introdotta nell' antico diritto, per quei soli casi in cui uno poteva mutare il suo titolo di possesso in quello immensamente più vantaggioso di *pro herede*, è una opinione la cui esattezza è alquanto dubbia. E di vero se così fosse, di questa regola giuridica oramai senza efficacia positiva non dovremmo più trovare vestigio nella legislazione giustinianea, cessato l'istituto di diritto cui si rannodava. Oltre che non potendo accettare sì grande negligenza dei compilatori, abbiamo motivo di credere che tale massima non era solamente applicabile alla *usucapio pro herede*, ma anche alla *possessio proprietatis*, e per questa è rimasta; tanto più che in varii modi, e positivamente e negativamente, la troviamo adoperata ed applicata anche nella legislazione giustinianea (k).

Nè diverso risultato ne viene interpetrando convenientemente la legge 3 §. 15 ad exhib. (10. 4.) « Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non » solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Deni» que creditorem, qui pignori rem accepit, ad exibendum teneri placet ». Da questo passo si scorge l' inesattezza della divisione del *Thibaut* e dei suoi seguaci, imperocchè mentre questi giuristi chiamano il creditore pignoratario possessore civile, in questa legge è detto chiaramente naturale, quantunque essi si provassero d' interpetrare la parola *denique* non come conseguenza o esempio della frase antecedente. D' altra parte neppure la teoria del *Savigny* potrebbe giovarsi di questo frammento. Imperocchè non sarebbe un grande argomento quello di voler conchiudere, che solo il possesso civile meni all'usucapione da ciò, che il creditore pignoratario, sebbene abbia tutti gli effetti giuridici del possesso tranne l' usucapione, è possessore naturale; per contrario meglio si direbbe, essere il pignoratario creditore possessore naturale, perchè possiede *alieno nomine*, quantunque per eccezione gli sieno concessi gl' interdetti possessorii: questa opinione si chiarirebbe, quando si leggesse il sopraccitato §. 15, congiuntamente con le leggi 4. 5. che seguono, nelle quali come esempii della *possessio naturalis* sono riportati casi di possesso *nomine alieno*.

(k) L. 1. §. 2. pro don. (41. 6.). — L. 5. C. h. t. (7. 32.). — L. 23. C. de loc. et cond. (4. 65.). — L. 3. §. 19. 20. L. 19. §. 1. h. t. L. 10. fin. si pars hered. petat. (5. 4.). — L. 2. §. 21. pro emtor. (41. 4.). — L. 6. §. 3. L. 22. pr. de precar. (43. 26.). *Venuleius*. Si is qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit ut sibi retinere rem liceret, vel is qui alienam rem emisset, dominum rogaverit, apparet eos precario possidere; nec existimandos mutare sibi causam possessionis quibus a domino concedatur precario possidere. Nam ei si id quod possideas, alium precario rogaveris, videri te desinere ea prima causa possidere et incipere ex precario habere.

Grave difficoltà si presenta dal *Savigny* e dai suoi seguaci con un argomento preso da due leggi, una delle quali (L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.)) così dice: « Deicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet, §. 10. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti ». E l' altra (L. 26. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.)): « Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor, nihil habet, quod tradat »; in queste leggi adunque mentre si nega il possesso civile alla donna donataria del marito, pure è considerata come possessora ed ha gl' interdetti (l).

Con queste leggi si abbatte in tutto la teoria del *Thibaut*, sebbene egli ed i suoi seguaci si sieno sforzati a dimostrare, che l' interdetto dalla legge fosse concesso non alla moglie, ma al marito; ovvero che qui non si fa parola del subbietto dell'interdetto, ma che sia espresso il principio che l'interdetto *unde vi* si concede anche al possessore naturale: o che venga dato non a lui, ma a colui nel cui nome possiede ec. (m). Per contra crediamo giusta l' interpretazione del *Savigny*, ma pure non accettiamo le conseguenze ch' egli ne trae. Egli sembra che il risultato di quelle due leggi sia questo: le donazioni tra i coniugi sono di nessun momento, ed essendo negata al coniuge donatario la proprietà, gli è impossibile ancora il possesso civile (n); ma egli può essere ciò nondimeno possessore naturale per la nota massima *res facti infirmari iure civili non potest* (o). In questa specie di possesso naturale, come in altri casi simili, evvi la particolarità che il detentore non possiede in nome altrui, nè altri ha la *possessio proprietatis* delle cose donate; è però giusto che in questo caso il detentore abbia facoltà di produrre gl' interdetti possessorii, poichè chi sarebbe quegli che potrebbe usare degl' interdetti? Fino a questo segno si può sostenere la tesi, che anche ai possessori naturali spettino gl' interdetti; gli altri in casi diversi, come il fittaiuolo e simili, non potranno adoperare questi mezzi (p).

(l) Ved. L. 1. §. 4. L. 16. h. t.; L. 1. §. 2. fin. pro donato (41. 6).

(m) *Kierulf*, teoria del diritto civile comune, pag. 349. N. 5.—*Thibaut*, Archivio civile XXIII, pag. 185.

(n) L. 26. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.).

(o) L. 1. §. 4. L. 16. h. t. *Paul.* Si vir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest; et quid attinet dicere, non possidere mulierem, quum maritus, ubi noluit possidere, protinus amisit possessionem? — L. 1. §. 2. pro don. (41. 6.).

§. 150.

II. Del subbietto e dell' obbietto del possesso.

I. Giusta la definizione del possesso (§. 149.) colui solamente che ha idoneità di volontà (§. 42.), può esserne il subbietto; ma dippiù come il fatto del possesso dà una presunzione di diritto di proprietà, è necessario che il subbietto avesse ancora la capacità di esser proprietario.

1) Non possono essere adunque giammai subbietti del possesso:

a) gli schiavi, perchè loro manca in tutto la volontà giuridica, sia che la schiavitù venga per nascita o per prigionia, ovvero derivi dalla *capitis deminutio maxima* (a);

b) il figlio di famiglia, che sebbene avesse idonea la volontà, pure non potendo essere per sè proprietario, non poteva negli antichi tempi nemmeno possedere; ma, dopochè l'istituto del peculio prese tale importanza da rendere il figlio di famiglia proprietario (§. 121), egli è nel diritto ultimo idoneo al possesso.

Pure, quand' anche alcune persone non sieno capaci di volontà legale, concedendo ad esse la legge la capacità di aver proprietà, non si può loro negare nè anche il possesso; e per tal modo l' infante, il furioso, e le persone morali nelle quali si finge la volontà ed il corpo, possono essere idonee al possesso (b).

2) Affinchè una persona sia subbietto del possesso conviene che abbia oltre la materiale detenzione anche il proposito di attribuirsi la pro-

---

(p) L. 1. §. 10. 22. 23. L. 12. de vi (43. 16.). *Ulp.* Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti; non tamen, si colonus §. 22. Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere. — *Vangerow*. 1. §. 199.

(a) L. 1. §. 6. L. 23. §. 1. L. 24. 30. §. 3. L. 49. §. 1. h. t. *Iavol.* L. 23. §. 1. In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est, corporaliter tamen possessionem amittunt; neque enim possunt videri aliquid possidere, quum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit. — L. 15. pr. L. 31. §. 2. de usuc. (41. 3.). — L. 118. de R. I. L. 19. ex quib. caus. mai. (4. 6.).

(b) L. 1. §. 20. 22. L. 2. h. t. *Paul.* Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt. Forum autem, et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. Sed Nerva filius ait, per servum, quae peculialiter acquisierint, et possidere, et usucapere posse: sed quidam contra putant; quoniam ipsos servos non possideant. L. 2. *Ulp.* Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque iis et per servum, et per liberam personam acquiratur.

prietà, cioè deve usare la cosa come il proprietario, e con l'animo di esserlo (*animus domini*); e così avrà facoltà di produrre gl'interdetti contro qualunque turbativa. Con tutto ciò per eccezione questo medesimo effetto del possesso è dato dalle leggi a talune persone, per le quali l'*animus domini* è impossibile, cioè: a) al creditore pignoratario; b) al superficiario; c) all'enfiteuta; d) al sequestratario; e) finalmente al *precarium accipiens*. In questi casi propriamente vi sarebbe un possesso del tutto naturale; poichè il creditore pignoratario, l'enfiteuta, il superficiario, il sequestratario e chi riceve la cosa in precario non hanno l'*animus domini*, nè possono averlo, possedendo *alieno nomine*; ma essi riconoscono gli effetti giuridici del possesso dalla volontà del possessore precedente; però la moderna scuola intende questa specie di possesso quale *possessio derivata* (c).

3) Il potere di fatto che si ha sulla cosa soggetta al possesso è esclusivo, nè si può insieme e collettivamente concedere ad altri sopra la stessa totalità della cosa; onde la massima: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* (d). Ma solo nei due casi seguenti è possibile che molti abbiano il possesso nello stesso tempo della medesima cosa: quando l'uno abbia il giusto, l'altro l'ingiusto possesso, o l'uno il naturale e l'altro il civile; veramente questo secondo non è contrario alla massima predetta, giacchè chi ha possesso naturale, non possiede per sè, ma in nome altrui.

4) La regola anzidetta vieta il possesso di più sulla totalità della cosa; ma molti insieme possono senz' ostacolo avere il possesso non della totalità, ma in modo che ciascuno sia limitato a certa parte della cosa: questa è la *compossessio*. Se l'*animus* di ciascun possessore intende ad una parte meramente ideale, saranno possessori *pro indiviso*; è bisogno nondimeno che l'intento di ciascuno certamente si fissi alla sua determinata parte, anzi le parti debbono esser state precedentemente assegnate da un atto giuridico (e). Per contrario si diranno possessori *pro diviso*,

---

(c) *Savigny*, possesso §. 23.

(d) L. 3. §. 5. h. t., *Paul*. Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste, vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris.—conf. L. 4. pr. L. 3. §. 15. h. t.

(e) L. 26. h. t. *Pomp*. Locus certus ex fundo et possideri, et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa, incerta autem pars nec tradi, nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: *quidquid mei iuris in eo fundo est;* nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest.

se i diversi subbietti intendono ciascuno ad una parte corporale, dato che ciascuna parte della cosa possa stare da sè sola, o dal possesso abbia avuta esistenza divisa.

II. Quanto all' obbietto del possesso per regola tutto ciò che può essere obbietto di proprietà, può essere anche del possesso. Per la qual cosa non sono capaci di possesso: le cose fuori commercio; le cose incorporali; delle *universitates rei distantium* le *univisitates iuris* (§. 35. ann.), le quali anch' esse appartengono alle cose ideali. Finalmente non si può possedere un uomo libero; sebbene il possesso di un libero creduto schiavo abbia le sue giuridiche conseguenze (f).

ANNOTAZIONE

La controversia sulla distinzione e sul valore delle locuzioni *possessio civilis* e *naturalis* si riproduce tra i giuristi riguardo al subbietto del possesso.

È già stabilito nel paragrafo precedente essere possesso civile quando si possiede *animo rem sibi habendi*, e naturale quando si possiede *nomine alieno*. Ora essendo il primo possesso quello solo dal quale nasce il diritto degli interdetti, non si è unanimi nel dar ragione, perchè il creditore pignoratario, l'enfiteuta, il superficiario, il sequestratario, e il possessore del precario abbiano diritto anch'essi di produrre gl'interdetti sopracitati.

Il *Savigny* ragiona di questi casi come eccezioni, che per ispeciali motivi si dipartono dalla regola, ed a loro riguardo ammette un possesso derivato (g).

Questo principio è stato negli ultimi tempi contrastato da molti giuristi, alcuni dei quali non accettano come necessaria condizione del carattere giuridico del possesso l'*animus domini*, che per essi è troppo ristretto ed esclusivo. Questi scrittori in cambio di ciò, mettono per fondamento del possesso giuridico un *animus* di natura tanto larga, che comprenda anche i casi di possesso citati, che pel *Savigny* e per noi valgono come eccezioni (h).

Altri poi si pongono in un punto di mezzo, in quantochè tengono da una parte che solamente l'*animus domini* e non altro, dia carattere giuridico al possesso, ma opinano dall'altra parte che un tale *animus* si trovi anche nei casi del predetto possesso derivato (i). Che sia l' *animus domini* l'unico ed il vero fondamento del possesso giuridico, si è veduto ampiamente nel precedente paragrafo; ma è ancora, secondo tutto ciò che abbiamo detto, indubitato che il creditore pignoratario venga qualificato nei fonti come un *possessor naturalis*, ossia che possiede *alieno nomine;* almeno questo è detto espressamente pel creditore pignoratario; mentre gli si accorda insieme conseguenze giuridiche di un possesso che non può essere se non derivato: *adeo ut adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit* (k).

(f) L. 3. pr. h. t. *Paul.* Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.—L. 30. §. 1. eod. *Idem*... Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem, et pro privato eum teneamus; sicut hominem liberum. — L. 1. §. 6. L. 23. §. 2. h. t. *Paul.* Sed et per eum, quem bona fide possidemus, quamvis alienus sit, vel liber, possessionem acquiremus; quod si mala fide eum possideamus, non puto acquiri nobis possessionem per eum; sed nec vero domino, aut sibi acquiret, qui ab alio possidetur.—§. 4. 5. Inst. per quas. pers. (2. 9.).

(g) Ved. *Savigny*, possesso §. 9. 23-25.

(h) *Wornkönig*, arch. civ. XIII. 169. — *Kierulff*, teor. I. 333. — *Böcking*. Inst. I. §. 123 ed altri.

(i) *Schröter*, giornale di Giessen. §. 253. — *Bartels*. eod. V. 177.

Laonde dopo attente ricerche, non possiamo non essere di accordo con l' opinione del *Savigny* e della maggior parte dei moderni giuristi (l).

In quanto poi ai casi e al valore del possesso derivato non vi è concordanza di parere. A noi sembra che le leggi lo dieno in cinque casi e propriamente:

1) al creditore pignoratario (m), ed in ciò sono tutti di accordo. Il creditore, cui s' impegna una cosa, affinchè la serbi per sicurezza del suo credito, non può avere certamente l'*animus domini*, poichè, quantunque possessore, riconosce in altri il diritto di proprietà; e la sua volontà intende alla cosa per uno scopo parziale, la sicurezza del credito. Questa necessità che avea prodotto il possesso del creditore sulla cosa, fece estendere a lui gl' interdetti, come mezzo di tutelare la garantia del suo diritto, il possesso della cosa. Sebbene dipoi questi interdetti non fossero più indispensabili, avendo il creditore pignoratario un' azione reale, l' *actio quasi Serviana*, nondimeno gli rimasero, perchè compatibili con quella azione: avendoli anche il vero proprietario che può con la *rei vindicatio* difendere la sua proprietà (n).

Dando il diritto degl' interdetti al creditore pignoratario, si toglie conseguentemente al debitore, che prima possedeva: ma è regola che, pur considerando trasmesso il possesso del debitore, questi nondimeno continua a possedere per l'usucapione; il che vuol dire che, alienando il possesso, non perde insieme l'*animus domini*, e che il creditore possiede sempre in nome di lui, cioè *nomine alieno* (o).

Questo possesso derivato si è voluto estendere anche al creditore ipotecario, qualora sia messo nel possesso della cosa; ma è errore, giacchè in questo caso il creditore ipotecario non ha che la sola detenzione; ed in verità questa *missio in possessionem*, quantunque avvenisse pel così detto pegno pretorio, pure, permettendosi solo per assicurare la vendita, non dà che la semplice detenzione (p).

2) Un altro caso di possesso derivato viene ancora dall'enfiteusi; ma su questo punto i giuristi non sono unanimi. E di vero v' ha chi nega avere l' enfiteuta una *possessio corporis derivata*, ed accetta solamente una *iuris possessio* (q); ma questi

---

(k) L. 16. de usurp. (41. 3).

(l) Ved. *Sintenis*, giornale di Giessen. VII. pag. 2. 23. — *Thibaut*, archivio civile XVIII. pag. 327. — *Burchard*. cod. XX. 18.— *Puchta*, annali critici di *Richtar*. I. 677. ss. — *Michelbruch*, §. 233. — *Puchta*, corso delle Istit. §. 227. (traduz. Ital. Nap. 1854), ed altri.

(m) L. 35. §. 1. L. 37. de pign. act. (13. 7.). — L. 1 §. 15. L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. L. 36. 40. h. t. (41. 2.). — L. 16. de usurp. (41. 3.). *Iavol.* Servi nomine, qui pignori datus est, exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet; adeo et adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit.

(n) *Savigny*, o. c. §. 24.

(o) L. 1. §. 15. L. 3. 23. h. t.—L. 16. de usurp. (41. 3.). — Ved. not. prec.

(p) L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. h. t. *Ulp.* . . . . . Est autem longe diversum, aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa; quod si factum est, utrumque procedit. — L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.).

(q) *Arndts*. giorn. di Giessen. (nuova serie III. pag. 567.).

cade fortemente in errore; di fatti se così fosse non avrebbe l' enfiteuta la *utilis corporis vindicatio*, l' acquisto dei frutti per separazione, e le azioni quasi confessoria e negatoria riguardo alle servitù del fondo in enfiteusi; e specialmente per queste non si potrebbe mai comprendere come a colui, che non ha verun potere sul *corpus*, potrebbero competere queste azioni per le servitù, che si attaccano veramente al *corpus predii* (r); mentre i suddetti diritti non si hanno p. e. dall' usufruttuario, da parte del quale sta veramente la *iuris possessio*.

Ma per contra, come spesso avviene, non è mancato chi andasse all'altro estremo, ammettendo nell' enfiteuta l' *animus domini*, o per conseguenza riconoscendo in lui non un possesso derivato, ma sibbene originario. Anche questo è incompatibile col carattere dell' enfiteusi, che, in qualunque modo si guardi, è sempre e non altro che un *ius in re aliena*, e per conseguenza non può supporsi l' *animus domini* (s).

Quantunque mancano speciali determinazioni di legge, pure in quanto all'usucapione, e agl' interdetti bisogna accettare le regole già stabilite pel creditore pignoratario.

3) Più contrastato ancora è il possesso derivato del superficiario, e questa volta dallo stesso *Savigny*. Il dotto autore della Teoria del possesso si persuade di escludere il superficiario dal numero dei possessori derivati per due riflessioni; per l'analogia che questo istituto ha con la servitù, e pel fatto di qualche rilievo, che al superficiario non compete l' interdetto comune *uti possidetis*, ma un altro interdetto, essendo l' *uti possidetis* ritenuto dal *dominus superficiei*; il che si può solo spiegare accordando al superficiario la sola *iuris possessio*, altrimenti si contraddirebbe alla massima: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* (t). Quantunque questo argomento meriti considerazione, pure crediamo esser più fondata l'opinione che riconosce anche nel superficiario un possesso *corporis* derivato; principalmente perchè l' analogia della superficie con le servitù ci pare poco esatta, e piuttosto ci sembra perfetta con l' enfiteusi; in entrambe ha luogo una *utilis corporis vindicatio*, e una *utilis actio confessoria* e *negatoria* (u). La sola difficoltà è, che presso il possessore rimane l'*interdictum uti possidetis*, ed al superficiario si dà un altro interdetto speciale; ma deve riflettersi che il vero possessore dell' edificio non può essere che il possessore del suolo, e per l'altro non si può far parola che di una *quasi corporis possessio*. Onde sebbene per speciali condizioni dovè attribuirsi il possesso a chi non è possessore del suolo, non si potette nondimeno concedere al superficiario l'*interdictum uti possidetis*, che suppone rigorosamente il possesso del suolo, ma si dovette concedere uno speciale interdetto (v).

(r) L. 1. §. 1. si ager. vect. id est *emphyteuticarius* petatur. (6. 3.). *Paul.* Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed adversus ipsos municipes.—L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). — L. 16. de servit. (8. 1.). — ved. *Büchel*, disamin. vol. I. pag. 329. not.

(s) *Schröter*, giorn. di Giess. II. 253.—*Puchta*, ann. crit. di *Richter*, I. p. 679.— L. 3. § 7. uti. poss. (43. 17.).

(t) *Savigny*, introd. LXIII. §. 23. — *Rudorff*, giorn. stor. XI. 18.

(u) L. 73. §. 1. L. 74. 75. de rei vind. (6. 1.). — L. 3. §. 3. de oper. nov. num. (39. 1.).

(v) *Vangerow*, l. c. §. 200.—v. anch.—*Unterholzner*, teor. delle prescr. pag. 216 —*Schröter*, gior. di *Giess.* II. 244. — *Büchel*. disam. N. 3. pag. 65 ed altri.

S' intende che in quanto alla usucapione e agl' interdetti deve osservarsi la regola precedente.

4) Il possesso derivato per il sequestratario è da tutti accettato. Generalmente il sequestro non dà che la sola *detentio* con la *custodia rei;* ma se è fatto all'uopo d' interrompere il possesso di una delle parti litiganti, allora il sequestro dà luogo ad un possesso derivato. Per l' usucapione poi evvi la regola messa da Giuliano; che non può darsi nè continuazione di possesso per una delle parti litiganti, nè accessione di possesso per colui che vince la lite (x).

5) Finalmente per regola generale il precario dà anch' esso luogo ad un possesso derivato, eccetto quando si stabilisca il contrario (y).

Questa trasmissione del possesso non nuoce al proprietario (*rogatus*), perchè ha un interdetto *recuperandae possessionis* in caso che il possesso fosse alienato dal *rogans*. Per l' usucapione vale la medesima regola come pel creditore pignoratario; cioè che il *dominus rogatus* continua a possedere *ad usucapionem*, come è stabilito espressamente da una legge di Pomponio (z). Questa regola nondimeno è fortemente contrastata per un' altra legge di Ulpiano, la quale al contrario afferma che il possesso all' usucapione del *precarium dans* vada perduto, soltanto che, terminato il precario, si farà luogo ad una accessione di possesso (aa).

Di queste due leggi il *Savigny* sceglie quella di Ulpiano e rifiuta quella di Pomponio, côme un errore, che i compilatori commisero accettandola nelle Pandette, avendo essa riprodotta un' opinione di Sabino già confutata da Paolo, e perciò debba tenersi come abolita dalla legge 3. §. 5. h. t. (bb). Che la legge di Pomponio sia stata per errore accettata nelle Pandette, è problematico, quando si rifletta che l' opinione di questo giurista fa legge speciale, e non è messa per incidente; il che significa che probabilmente fu avvedutamente scelta. È poi nuova questa massima nel diritto romano da produrre tanto scandalo? Se in grazia della massima *plurium in solidum etc.* fa d'uopo rifiutare questa legge di Pomponio, dobbiamo egualmente rigettare la L. 1. §. 15. h. t. trovandovi stabilita la medesima regola riguardo al creditore pignoratario.

D' altra parte esaminando questa teorica da un altro ordine d' idee, un' accessione di possesso si vede impossibile. E di vero il *precarium accipiens* possedendo sempre *nomine alieno*, non ha possesso *ad usucapionem*; ora quello che non ha il *rogans*, non si può aggiungere al possesso di usucapione del proprietario concedente. Bisogna credere dunque che Ulpiano qui parli dell'*accessio temporis* non rispetto all' usucapione, ma sibbene all' *interdictum utrubi*, di cui si farà parola a suo luogo (cc).

(x) L. 39. h. t. *Iulian*. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res; nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. — L. 17. §. 1. dep. (16. 3.).

(y) L. 4. §. 1. de precar. (43. 26.).—L. 21. §. 3. h. t. *Iavol*. Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertit.—L. 33. §. ult. de usurp. (41. 3.).

(z) L. 15. §. 4. de prec. (43. 26.). *Pompon*. Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

(aa) L. 13. §. 7. h. t. *Ulp*. Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona eius, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum, qui precario concessit, quandiu manet precarium, accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur.

(bb) *Savigny*, §. 11.

III. Dell' acquisto del possesso.

§. 151.

A. Dell' acquisto per azione propria.

I requisiti necessarii per l' acquisto del possesso sono gli stessi elementi costitutivi, cioè la detenzione e l' *animus* di tenere la cosa in proprio nome; onde il possesso non può acquistarsi se non con l' autorità materiale dell' acquirente sulla cosa, ed insieme col proposito di tenerla per sè; nè uno di questi due fatti è sufficiente, ma sono necessarii entrambi unitamente; *neque per se animo, neque per se corpore*.

Essendo per noi il possesso la manifestazione esterna della proprietà, tale autorità si manifesta nel adoperare le cose secondo la loro natura; quindi l' inizio di quel potere dev' essere l' *apprehensio*, la quale non consiste propriamente nel toccare le cose, se mobili, e nel calpestarle, se immobili; ma nel mettersi il possessore con un atto reale o anche simbolico nella possibilità di esercitare quel potere (a).

È d' uopo però distinguere l' acquisto del possesso per modo originario, o per derivato. Nel primo caso fa bisogno un' azione materiale isolata, la quale mostri la potestà dell' acquirente sulla cosa, *occupatio:* così il tesoro allora sarà posseduto, quando lo si ha effettivamente nel proprio potere, nè altrimenti si possederà, quantunque si sappia che giace nel fondo; lo stesso è da dire per gli animali selvatici, che non saranno posseduti da noi, quantunque feriti, se non quando sono in nostro potere (b).

(cc) *Vangerow*, l. c. — *Denzinger*, accessio possessionis, §. 108.

(a) L. 3. §. 1. h. t. *Paul.* Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit, quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

(b) §. 13. 14. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 3. §. 14. h. t. — L. 5. §. 1. de acquir. rer. dom. (41. 1.): *Gai.* Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursum fieri occupantis... Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est. — L. 3. §. 3. h. t.;

Ma nella tradizione, ch'è modo derivato non è strettamente necessaria un'azione dell'acquirente, che cada sotto i sensi; basta solo che il tradente faccia chiara la volontà di abbandonare il possesso, e così perdere la capacità di esercitar il suo potere sulla cosa trasferita: il che si compie col mostrare da vicino o da lontano la cosa immobile, promettendo di trasferirne il possesso (*traditio longa manu*) (c). Ed anche sulle cose mobili si acquisterà il possesso non solo quando le cose si tengono con mano, ma ancora quando sono messe dinnanzi agli occhi, quando si consegnano le chiavi dove sono riposte, con la consegna dei documenti, ovvero con l'opporre un segno qualunque, che indichi la nostra volontà; in questo caso la *traditio* è detta simbolica (d). Come ancora l'autorità di fatto può esservi già con la semplice detenzione; ed allora si acquisterà il possesso con la sola volontà di tener per sè, che si aggiunge, e si ha, quando colui che ha la cosa nel possesso naturale, p. e. il fittaiuolo, contrae un affare da cui dipende l' animo di possedere per sè (*traditio brevi manu*); lo stesso avviene per tradizione condizionata; poichè *pendente conditione* l'acquirente è semplice detentore, ed acquista il vero possesso con l' animo, appena avvenuta la condizione (e).

Paul. Neratius et Proculus, solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero; quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat; sed etsi sciat, non capiet longa possessione, quia scit, alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consensio.

(c) L. 1. §. 21. eod.: *Paul.* Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, quum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si numos debitorem iusserim alii dare; non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint; et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint. — L. 18. §. 2. h. t.: *Cels.* Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat; non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.—Ved. L. 79. de solut. (46. 3.).... et quodammodo manu longa tradita existimanda est. — L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. de per. et comm. rei vend. (18. 6.).

(d) L. 74. de contr. emt. (18. 1.). *Papin.* Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, et si non aperuerit horrea; quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim incohabitur.—L. 51. h. t. L. 9. §. 6. de acquir. rer. dom. (41. 1.).—L. 9. §. 3 de iur. dot. (23. 3.).—L. 1. C. de don. (8. 54.).—§. 42. Inst. de rer. div. (2. 1.).

(e) §. 44. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 9. §. 1. de public. act. (6. 2.). *Ulp.* Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit. — L. 38. §. 1. h. t.

Richiedendo l' acquisto del possesso necessariamente la volontà, anzi il diretto proposito di tenere la cosa per sè e non per altri, ne segue essere impossibile il possesso per chi non può avere pienezza di volontà come per l' infante, pel furioso (§. 150); pure in lor favore fu provveduto, che potessero ancora possedere durante l' infanzia, o la demenza per mezzo del tutore o del curatore (f); la quale eccezione alla regola generale (§. 19.) fu stabilita per utilità.

La intenzione di possedere per sè dev' essere di tal natura, che sia indirizzata ad un obbietto determinato o ad una determinata parte o reale o ideale dell' atto stesso; perciò quella volontà la quale è diretta al tutto, non può essere diretta nel medesimo tempo alla parte.

ANNOTAZIONE

La regola che la volontà diretta al tutto non può essere diretta nel medesimo tempo alla parte, quantunque fosse una regola generale, pure offre largo campo di discussione in rapporto alla sua estensione ed applicabilità. La questione si enuncia in questa guisa: *se e fino a qual punto il possessore di una cosa complessa possa dirsi possessore delle parti integranti della medesima.* Questa tesi riguardo all' acquisto e mantenimento del possesso, ne pone un' altra riguardo alla perdita, e di vero: chi possiede una cosa determinata, se a questa viene aggiunta un' altra, e nasca da entrambe un tutto diverso, perde il possesso precedente, perchè comincia a possedere il tutto?

Il *Savigny* stabilisce questi principii: Chi possiede il tutto non possiede nel medesimo tempo le parti che lo compongono; così: chi acquista il possesso di un carro, non ne possiede nel medesimo tempo le ruote come parti distinte: se il carro è rubato e non le ruote, non potendosi acquistare per usucapione la proprietà del carro, non si può acquistare neppure quella delle ruote, poichè queste non sono possedute come cose determinate; e per contrario chi è nella condizione di usucapire il carro, acquista la proprietà delle ruote, quantunque queste fossero rubate. Da questo principio nasce, che se per usucapione si acquista la proprietà del tutto, si acquista di ogni sua parte, di guisa che se le parti si staccano dopo l' usucapione, la proprietà non è perduta; se si staccano prima, vi è bisogno di un nuovo possesso sulle parti separate: però la *iusta causa possessionis* del tutto e l'*apprehensio* si estendono ancora alle parti, cosicchè il possesso è acquistato con la semplice divisione. Fanno eccezione a queste regole i materiali di un edificio, poichè in questo proposito, quando l'edificio ed i materiali appartengono a varii proprietarii, la usucapione compiuta sull'edificio non produce la proprietà de'materiali; sicchè evvi bisogno di nuovo possesso anche se la divisione avvenga dopo l' usucapione; il che è conseguenza del principio, che il proprietario non poteva muovere nessuna azione, quando i suoi materiali erano compresi nell'edificio altrui.

(f) L. 32. §. 2. h. t. *Paul.* Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

Quanto alla perdita il *Savigny* insegna che il possesso di una cosa non si perde quando essa con un'altra addiviene parte di un tutto. La sua opinione è accettata da molti giuristi, quantunque nelle conseguenze in parte se ne allontanino (e).

Il *Thibaut* stabilisce la stessa regola quanto all'acquisto, ma quanto alla perdita fa le seguenti distinzioni: quando si congiunge una cosa mobile con un'altra mobile, il primo possesso non è perduto: il contrario se una cosa mobile si congiunge ad una immobile: poichè sarebbero dati ancora dieci giorni per la prescrizione dell'immobile, continuando il possesso indipendentemente a questa unione (f).

Da queste due opinioni si allontana manifestamente l'*Unterholzner*, il quale fa in ogni caso distinzione tra cose mobili ed immobili. Una cosa immobile è posseduta sempre come tutto, e mai nelle sue parti; di guisa che se la parte si stacca dal tutto, anche compita la usucapione dell'intiero, evvi bisogno di un nuovo possesso per usucapirla; cosicchè quello che il *Savigny* ritiene come eccezione in rapporto ai materiali di un edificio, pone questo giurista come regola generale per tutte le parti componenti una cosa immobile. Egualmente, quando una cosa mobile, che si possiede, si unisce ad una immobile, nella unione s' interrompe il possesso della prima. Tutt' al contrario se si tratta di mobili; poichè se una cosa mobile si unisce ad un' altra mobile, il possesso prosegue sempre indipendentemente dalla unione avvenuta; come ancora possedendosi una cosa mobile, se ne possedono nel medesimo tempo anche le parti integranti (g).

Di queste tre opinioni, dopo un esame accurato della teoria, ci conviene ammettere quella del *Savigny*, però non senza qualche modificazione. In rapporto alla prima questione è d' uopo stabilire la regola che, chi possiede una cosa complessa, possiede il tutto, ma non le parti integranti del medesimo come parti separate, ma le possiede nel complesso dell'intiero. Di vero, sebbene la potestà di fatto sopra una di queste parti, indipendentemente dal tutto, sia perfettamente compatibile, e sebbene da questo lato l'acquisto del possesso per la parte non sia impossibile *quoad corpus*, pure non potrebbe dirsi il medesimo in rapporto alla intenzione; perocchè, consistendo il tutto nella combinazione delle parti, è naturale, che il concetto del tutto fa sparire quello delle parti come singole cose, e di fatti l'*animus possidendi* sul tutto rende impossibile il proposito di possedere nel medesimo tempo le parti distinte. Questo principio viene espresso in rapporto agli edificii chiaramente abbastanza per non ammettere dubbio alcuno (h).

Stando a questo principio di valore positivo dobbiamo assolutamente ammettere la conseguenza che appena è staccata una delle parti, che compongono il tutto, devesi incominciare un nuovo possesso; volendo applicare questa massima alla teoria dell' usucapione si avrà, che se la usucapione non è compiuta sul tutto, e durante il tempo che corre, si stacca una parte, devesi sempre cominciare una nuova usucapione sulla parte staccata. Dall'altra parte quando si stacca dopo compita l' usucapione del tutto, devesi riconoscere l'acquisto della proprietà anche sulla parte; cosicchè non è necessaria una seconda usucapione. La contraddizione apparente che vi è, da una parte negandosi il possesso civile sulla parte per sè, e dall'altra riconoscendosi l'usucapione, sparisce quando si consideri che non si nega totalmente il possesso sulla parte; questa non si può possedere come parte distinta, ma si possiede unitamente col tutto, ed in questo rapporto l'usucapione si compie sul tutto, e su ciascuna parte. Ed infatti, appunto perchè sulla parte non puossi riconoscere un possesso distinto e una distinta usucapione, essa è acquistata col possesso e coll'usucapione della cosa totale, e la proprietà ne consegue, come se venisse per ogni altro mezzo legittimo: se dopo la usucapione si stacca una parte, in nessun caso potrà essere rivendicata da altri.

(e) ***Savigny***, o. c. §. 22.—***Binding***, Archivio civile, XXVII. 216.

(f) ***Thibaut***, Sist. 211. archivio civile VII. §. 79. — ***Braun***, quest. p. 302.

(g) ***Unterholzner***, teoria della prescrizione, I. §. 49. 50.

(h) L. 23. p. di usurp. (41. 3.). — L. 8. quod vi (43. 24.). — ***Venul***. . . . . Ceterum per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii; nec ad res pertinet, affixae sunt, an tantum positae.—L. 30. pr. h. t. ***Paul***. Qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse; idem dici debet et de nave, et de armario.

Tutt' altro è poi se la parte ed il tutto appartengono a due proprietarii, poichè in questo caso con l'usucapione del tutto non si acquista nel medesimo tempo la parte. La ragione è evidente: come in questo proposito si tratta di due proprietà, sarebbe indispensabile un possesso separato della parte, che appartiene ad un altro proprietario. Questa è la conseguenza che troviamo nelle leggi, soltantochè noi non siamo di accordo col *Savigny*, nel considerare questa applicazione come una singolarità delle leggi che deriva dal principio delle XII tavole sui *tigna iuncta;* poichè nella legge 7, §. 11. *de acquir. rer. dom.* (41. 1.) il principio non è dato come eccezione: *causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent? quod non placuit,* e la legge 23. §. 7. *de rei vind.* (6. 1.) così si esprime: *nec enim singula coementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat* ». Entrambe certamente parlano del caso quando il costruttore ha adoperato materiali di un altro: *si quis alienis coementis in solo suo edificaverit* (i).

2) In rapporto all'altra questione, cioè se il possesso si perde, quando l'oggetto posseduto si unisce con un altro, sono applicabili i principii sulla perdita del possesso, e propriamente egli è d'uopo convenire che il possesso non va perduto *quoad corpus;* imperocchè, come si è veduto innanzi, la potestà di fatto non è incompatibile su ciascuna parte non ostante la unione; molto meno si può dire che il possesso vada perduto *animo;* imperocchè non è caso di perdita se l'*animus* alla parte non possa coesistere; per la perdita del possesso è necessario non che l'*animus* più non vi sia, ma che sopravvenga un *animus contrarius*, il che non si ha dal solo fatto dell'unirsi la cosa posseduta ad un'altra. Dall'altra parte bisogna riconoscere che, se la unione è di tal natura, che la cosa posseduta, unendosi, sparisca nell'obbietto nuovo, allora è inconcepibile la continuazione del possesso; poichè il potere di fatto è assolutamente impossibile, quando più non esiste la cosa che si stava possedendo.

A questo proposito è di un'assoluta importanza la legge 30. *de usurp.* (41. 3.) di Pomponio (§. 35.), nella quale il giurista romano distingue tre specie di cose, e nel §. 1. tratta perfettamente la nostra questione con le seguenti parole: « Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem » decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus cum usucaptu- » rum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur re- » bus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est, et aurum » et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum ».

(i) L. 23. §. 7. 10. cit.

Da questa legge si rileva che indipendentemente dalla qualità delle cose, ossia se una cosa mobile si unisce ad una immobile, ovvero una mobile ad un'altra di una eguale qualità giuridica, sempre la usucapione non viene interrotta, purchè per altro nel primo caso si possedesse l'edificio; dippiù è d'uopo considerare che le parole *decem dies superessent* non formano una condizione speciale per lo scioglimento della questione, ma un esempio per dinotare l'usucapione non ancora compiuta.

Una obbiezione alquanto seria nel primo aspetto può esser fatta alla nostra opinione: le colonne e le tegole messe in un edificio altrui debbano essere considerate come *tigna aedibus iuncta* (k), e però secondo un antico principio delle XII tavole non si potrebbero rivendicare; ora ammettere la usucapione per coteste cose sarebbe contraddire alla nota massima, *agere non valenti non currit praescriptio*. Ma quest' obbiezione è agevolmente confutata. E valga il vero, prima di tutto è da dubitare fortemente se le tegole siano da considerarsi come *tigna iuncta* nel significato delle XII tavole: egli è certo che per le colonne non è riconosciuta la qualità di *tignum iunctum*. L. 23. §. 1. *de usurp.* (41. 3.): *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex emto cum venditore recte acturum, et eo genere rem salvam habiturum*, nè generalmente per le tegole: *Unde quidem aiunt, tegulam quoque etc.* L. 1. §. 1. *de tigno iuncto.* Pomponio e Labeone dunque non attribuivano a tali cose la qualità di *tigna iuncta*. Del resto anche ammettendo che fosse uno sbaglio di questi due sommi giuristi (il che non si può affermare senza grande leggerezza), e che Pomponio abbia poco prudentemente scelti i suoi esempii, certo è, che non per questo la nostra regola è distrutta (l).

§. 152.

B. Dell' acquisto per procuratore.

Il possesso si può acquistare ancora pel fatto altrui, ma allora è assolutamente necessario, che tra colui che effettivamente acquista e il procuratore vi sia nesso giuridico. Questo può essere:

1) una potestà; cosicchè colui che esercita la patria potestà, acquista per mezzo di chi vi è sottoposto : onde il figlio di famiglia acquistava sempre il possesso per suo padre, e l'acquista ancora rispetto al peculio profettizio; lo schiavo per simile forma acquista pel padrone (a);

(k) L. 23. de ser. praed. urb. (8. 2.). — L. 41. §. 1. 9. de legat. (30.). — L. 21. §. 2. 3. de legat. (32.). *Paul.* Columnis aedium vel tignis per fideicomissum relictis ea tantummodo amplissimus ordo praestari voluit nulla aestimationis facta mensione, quae sine domus iniuria auferri possunt. — L. 1. §. 1. de tigno iuncto (47. 3.). *Ulp.* Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidem aiunt, tegulam quoque et lapidem, et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia; tigna autem a tegendo dicta sunt; hoc amplius et calcem, et arena tignorum appellatione contineri. Sed et in viniis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

(l) *Vangerow*, o. c. I. §. 204. — *Savigny*, pass. §. 22. — *Madai.* arch. civ. XXV. p. 313. — *Windschein*, annali di *Sell.* I. 360.

(a) *Paul.* recept. sent. V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo

2) la tutela e la cura: onde il tutore e il curatore possono acquistare il possesso per il pupillo e per il minore, o per le persone giuridiche (b);

3) il mandato; giacchè in virtù di questo il mandatario acquista il possesso pel mandante (c).

Per chi acquista il possesso ad altri, deve esservi dell'obbietto la presa in possesso *(factum apprehensionis)*, come se dovesse acquistarlo per sè; ma deve esservi insieme l'intenzione di acquistarlo pel mandante; giacchè, se il procuratore si proponesse di acquistarlo per sè, egli stesso diverrebbe l'effettivo possessore. Se non che, trattandosi dell'acquisto del possesso per tradizione, s'anco il mandatario creda di acquistare per sè, questo non nuoce all'acquisto del mandante, allorquando il tradente veramente intenda di trasmettere il possesso a lui e non al mandatario (d).

Il solo fatto della presa di possesso del procuratore con la volontà di tenerlo per il principale, non è sufficiente per fare acquistare il possesso a quest'ultimo, ma è necessario che egli pure abbia proponimento di acquistare quel possesso; l'acquisto sarebbe di nessun momento contro o senza ancora la volontà dell'effettivo acquirente: questi per altro con ciò solo acquista, non ostante che ignorasse essere il mandatario per lui già entrato in possesso (e).

Da questa regola nondimeno sono da eccettuare alcune persone, le

---

utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. — L. 1. §. 5. 6. h. t. *Paul.* Item acquirimus possessionem per servum, aut filium, qui in potestate est; et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes sicut Sabino, et Cassio, et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans, et furiosus acquirunt possessionem, et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat.

(b) L. 21. de pign. act. (13. 7.).—L. 1. §. 19. de acqu. poss. (41. 2). *Paul.* Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem; nam si iubeas servum tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio. §. 20: Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere.

(c) L. 41. de usurp. (41. 3.). — L. 7. §. 5. ad exhib. (10. 4.). — L. 22. §. 1. L. 2. h. t. L. 1. C. de acq. poss. (7. 32.).

(d) L. 1. §. 9. 10. h. t.—L. 13. de don. (39. 5.). *Ulp.* Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit, servus vel sic accepit, quasi socio acquisiturus, vel sic, quasi mihi et socio; quaerebatur, quid agere? Et placet, quamvis servus ac mente acceperit, ut solo meo, vel mihi et socio acquirat, mihi tamen acquiri; nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. — *Savigny*, §. 26.

(e) L. 42. h. t. L. 13. 53. de acqu. rer. dom. (41. 1.).—§. 5. Inst. per quas pers. (2. 9.).... Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri possit; excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus acquiri possessionem secundum Divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, aut usucapionem vel longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.

quali acquistano il possesso pel fatto altrui anche senza bisogno della loro propria volontà.

a) I figli di famiglia e gli schiavi mercè il peculio profettizio *(ex peculiari causa)* acquistano il possesso al padre e al padrone, pur senza la costoro volontà (f); questo principio sembra essere riconosciuto anche per quelli sottoposti all' autorità i quali non sono idonei ad avere un peculio (g).

b) Il tutore ed il curatore acquistano il possesso alle persone che hanno in tutela ed in cura, le quali certamente non sono capaci di avere una propria volontà; lo stesso è rispetto alle persone morali (h).

Colui che acquista il possesso per procuratore ha diritto agl' interdetti ed all' usucapione; tiene facoltà di produrre gl' interdetti fin da quando il mandatario ha compiuta la missione; entra poi in usucapione non appena ebbe conoscenza dell' acquisto (i).

Si acquista altresì il possesso per mezzo altrui col cambiamento di volontà dell' attuale possessore civile, quando questi dichiara di trasmettere il possesso civile ritenendo il naturale; il possesso si acquista non appena egli dichiara di esercitarlo in nome altrui: ovvero quando tra il possessore e l'altro interviene un atto, per mezzo del quale il primo resta autorizzato di tenere il possesso naturale: come quando alcuno vende un fondo e nel medesimo tempo lo prende in fitto; questo caso è conosciuto col nome di *constitutum possessorium* (k).

(f) L. 1. §. 5. L. 4. 24. h. t. *Ulp.* Quidquid filius peculiari nomine apprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius, etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur, idem erit probandum. — L. 31. §. 3. de usurp. (41. 3.).

(g) L. 1. §. 5. h. t. — ved. nota (a).

(h) L. 1. §. 3. 5. in fin. 9-11. ult. h. t. — L. 2. eod. — ved. not. (b). — L. 13. §. 1. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 26. C. de don. (8. 54.).

(i) §. 5. Inst. per quas per. (2. 9.). — L. 49. §. 2. h. t. *Papinian.* Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur. — L. 1. C. de poss. (7. 32.).

(k) L. 18. h. t. L. 77. de rei vind. (6. 1.). — L. 28. 35. C. de don. (8. 54.). *Honor.* et *Theod.* Quidquid rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.

IV. Della perdita del possesso.

§. 153.

A. In generale.

Come il possesso si acquista col potere di fatto sull'oggetto e col proposito di tenerlo per sè, così va perduto con atti contrarii a questi, *animo et corpore contrario*, e non con la semplice intermissione di essi. Così non si perde il possesso (almeno generalmente), quando quegli elementi più non durino ; sì bene quando vi sono, ma in contrario, o anche quando per lungo tempo, per negligenza o mancanza di custodia l'animo supponesi in contrario (a).

1) Il possesso delle cose mobili si perde adunque:

a) qualora la cosa si distrugga, esca fuori commercio, o si trasformi in altro oggetto (b);

b) quando altri se ne impossessi (c);

c) quando l'oggetto si sia smarrito, eccetto però quando , sebbene smarrito, stia nondimeno nella nostra custodia (d);

d) quando sia caduto in luoghi inaccessibili (e) ;

e) finalmente rispetto agli animali se ne perde il possesso, qualora sfuggano alla custodia, se selvatici: qualora si smarriscano, se domestici: e, se mansuefatti, qualora più non ritornino (f).

(a) L. 37. §. 1. L. 40. §. 1. L. 47. §. 2. h. t. ved. not. (d).—L. 153. de R. I. *Paul.* Fere, quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. — Ved. L. 8. h. t.

(b) L. 30. §. 4. h. t. *Paul.* Item, quod mobile est, multis modis desinimus possidere, si aut nolimus, aut servum, puta, manumittamus; item si quod possidebam, in aliam speciem translatum est, veluti vestimentum ex lana factum.

(c) L. 15. h. t. *Gai.* Rem, quae nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam, quae vi nobis erepta est.

(d) L. 3. §. 13. L. 25. L. 44. pr. L. 47. h. t. *Paul.* Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; nam pecus sicut atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia eius sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

(e) L. 3. §. 17. L. 13. pr. h. t. *Ulp.* Pomponius refert, quum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus estracti, an dominium integro fuit per id tempus, quo erant mersi ? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. Nec est simile fugitivo, namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione; at in lapidibus diversum est.

(f) L. 3. §. 14. 15. 16. h. t. *Paul.* Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coniecerimus a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras,

2) Non sempre si perde il possesso delle cose immobili per il solo fatto che sieno uscite dalla nostra potestà, e possedute da un altro; chi possiede *solo animo*, ossia che presentemente non possiede *corporaliter*, o è assente senza procuratore, perde il possesso, sol quando questo fatto viene a sua conoscenza e lo tollera. Il qual principio è importante per l'usucapione; perocchè essa non s'interrompe, perchè altri s'impossessa dell'oggetto da noi posseduto; ma se riusciamo a rimetterci in possessione, l'antico non si considera mai cessato. Se invece il possessore, che vuol rimettersi in possesso è respiuto *(vi deiectus)*, ha timore, o per timore abbandona il possesso, questo sarà per lui senz'altro perduto (g).

Per la qual cosa il possesso delle cose immobili si può mantenere *solo animo;* e di qui nasce che coloro che non hanno idoneità di volontà, come gl'infanti e i mentecatti, non possono perdere il possesso, non potendo essi mutar proposito (h).

Si perde il possesso delle cose immobili ancora quando un fiume occupa tutto il fondo posseduto (i).

Il caso principale della perdita del possesso per mezzo della volontà è la rinuncia, che manifesta la volontà contraria; neanche per questa via l'infante ed il mentecatto possono perdere il possesso. Oltre a ciò si perde, trasmettendo il possesso civile, e dichiarando di tenere il naturale *(constitutum possessorium);* ovvero abbandonando la cosa (k).

---

quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sint in libertate naturali; alioquin, etiamsi quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. §. 15. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subiectae sunt. §. 16. Quidam recte putant, columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostri evolant, et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri — confr. not. preced —L.3. §.2.L.4. L.5.pr. de acq.rer.dom. (41.1.).

(g) L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. 25. §. 2. L. 46. h. t. *Paul.* Sed etsi animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. §. 8. Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.—L. 6. §. 1. *Ulp.* Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possideri, Labeo scribit; retinet autem possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam.—L. 46. *Papinian.* Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quandiu ab alio occupatam ignoraret; ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet, item non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.—L. 4. §. 22. de usurp. (41. 3.).—L. 1. §. 21. 47. de vi (43. 16.). — *Savigny*, §. 31.

(h) L.29.L.27. h.t.*Ulp.* Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere; hoc enim non potest.—L.1. §.25. de vi (43.16.).

(i) L. 30. §. 3. h. t. *Paul.* Item, quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus, aut si is, qui possidet, in alterius potestate pervenit.

(k) L. 18. L. 33. h. t. *Cels.* Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere;

§. 154.

B. Della perdita per procuratore.

Il possesso, come si acquista per mezzo di procuratore, si può ancora nella medesima forma perdere; ma quando si esercita il possesso per mezzo di procuratore, il possesso principale lo mantiene finchè duri in tale proponimento: onde non lo perderà, sol perchè venga impedita la sua materiale autorità sull' oggetto; nè si considera come *vi deiectus*, qualora sia scacciato di possessione, giacchè il possesso è per lui ed in suo nome mantenuto dal procuratore (a).

1) Si perde però il possesso quando questi incontra un corpo contrario, e viene discacciato, sia o pur no tale scacciata a notizia del possessore principale (b).

2) Il possesso è perduto ancora quando colui che lo esercita in nome altrui fa proponimento di possedere in nome proprio; purchè tale volontà sia fatta nota da un fatto esteriore: senza il qual fatto il titolo di possesso del procuratore, ossia il possesso in nome altrui, non può tenersi come cambiato: *nemo causam possessionis sibi mutare potest;* e però si richiede al meno che il procuratore rubasse le cose, se mobili; o pure che la sua mala fede sia manifesta al possessore principale. Ma al contrario il possesso non è perduto, se il procuratore ha intenzione di possedere per un terzo (c).

Se mai il procuratore abbandoni fraudolentemente il possesso, questo non si perde, eccetto quando altri se n' è effettivamente impossessato. Quando invece colui, che possiede da procuratore, trasferisce ad un terzo il possesso, è perduto ancora per il possessore principale (d).

nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est possidere, et alieno nomine possidere, nam possidet cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

(a) L. 9. h. t. L. 1. §. 45. de vi (43. 16.). *Ulp.* Non alii autem, quam ei, qui possidet, interdictum unde vi competere, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui deiecti non sunt. — confr. L. 20. h. t.

(b) L. 44. §. 2. h. t.—L. 1. §. 22. de vi (43. 16.). *Ulp.* Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere; et ideo his deiectis ipsi deiici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.

(c) L. 3. §. 18. 19. L. 19. §. 1. L. 32. §. 1. L. 47. h. t. *Marcel.* Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse, credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non, si quis, dimissa possessione prima, eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit. — L. 67. pr. de furtis (47. 2.).

(d) L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. h. t. L. 33. §. 4. de usurpat. (41. 3.). — ved. annot.

ANNOTAZIONE

Sull' ultimo punto, cioè quando il procuratore dolosamente, senza voler acquistare il possesso per sè stesso, cessa di esser possessore, eravi quistione tra i giuristi romani; e mentre da una parte Proculo nella legge 31 *de dolo* (4. 3.), Paolo nella legge 3. §. 8. h. t. e Papiniano nella legge 44. §. 2. h. t. ammettono la continuazione del possesso pel possessore principale; Pomponio ed Africano dall' altra seguono l' opinione opposta.

La sentenza di Africano è espressa con queste parole: « Mortuo colono non statim dicendum, possessionem interpellari, sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. *Aliud existimandum est, si colonus sponte possessione discesserit.* Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper in hereditate coloni manserit. » Il *Savigny* nega che vi fosse stato controversia tra i giuristi romani, leggendo diversamente le parole in corsivo; in cambio di *aliud existimandum est*, legge: *idem existimandum est*; ma finchè non sia giustificata la sua lezione diversa, bisogna ritenere quelle parole, e quindi il fatto della controversia, decisa da Giustiniano nella legge 11 nel favore dei primi giuristi, ossia che il possesso non vien perduto (e).

Nel caso che il procuratore avesse trasferito ad altri il possesso, le opinioni dei giuristi di Roma erano concordi, cioè che il possesso andasse perduto (f). In questo punto il *Savigny* fa sorgere una controversia tra i giuristi romani, ed insegna che la legge 12. C. cit. si riferisca con la sua decisione anche a questo caso. Ora la legge 3. §. 9. h. t. non pruova nulla su ciò; in questo passo Paolo dice *constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi deiecti fuerimus;* le quali parole non dovrebbero essere interpretate in modo da contenere ogni possibile modo di estinzione del possesso. Il nostro giurista cerca di sciogliere la difficoltà, che contro la sua opinione naturalmente viene dalle parole *alii prodiderit* della legge 12. cit., unendole con le altre: *ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere;* dal che risulterebbe un doloso ed unilaterale abbandono del possesso. Da una parte significando *prodiderit* lo stesso che *tradiderit* sarebbe difficile combinarle con le altre parole *ut locus, etc.* Poi non si potrebbero abbastanza censurare i compilatori, se l' antica opinione dovesse essere totalmente cambiata per mezzo della legge 12. C. cit., di raccogliere nelle Pandette tutti i testi dell' opinione perfettamente opposta, senza neppure uno della opinione che sarebbe poi stata accolta nella decisione giustinianea. È per conseguenza più giusto di ammettere la perdita del possesso anche pel principale possessore (g).

(e) L. 12. C. de poss. (7. 32.): *Iustinian.* Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur, alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae conditionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem negligenter vel dolose versatus est.

(f) 33. §. 4. de usurp. (41. 3.). — *Iulian.* Qui pignori rem dat, usucapit, quandiu res apud creditorem est; si creditor eius alii possessionem tradiderit, interpellabitur usucapio; et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit, aut commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata, vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit.

§. 155.

V. Del quasi possesso.

Il possesso, come si vede, è proprio delle cose corporali, nè può esercitarsi sopra i diritti; se ne eccettuino solamente le servitù, per le quali è concessa una specie di possesso, costituito dall' uso e dall' intenzione di esercitare per sè il diritto di servitù; la qual forma di possesso è denominata quasi possesso nel diritto romano.

Gli elementi che costituiscono il quasi possesso sono egualmente due l' esercizio del diritto e l' intenzione, non di avere la cosa per sè, poichè sarebbe questo un possesso perfetto, ma di acquistare il diritto di servitù: *animus quasi possidendi:* da ciò deriva che il quasi possesso non fa nascere il possesso civile *quoad corpus*, ma il possesso giuridico delle servitù (a).

Per l'acquisto valgono i medesimi principii del possesso, con qualche differenza adattata alle diverse specie di servitù.

1) Nelle servitù personali i modi di acquisto sono identici, perocchè essendo per queste servitù necessario la detenzione dell'oggetto, è richiesto per il suo esercizio la detenzione, e l'*animus* di esercitare il diritto di servitù personale (b).

2) Ma nelle servitù reali non è la detenzione che forma il primo elemento del quasi possesso; ma l'uso continuato, unito all'intenzione di avere, e di esercitare il diritto di quella servitù. Ciò si determina meglio secondo il carattere delle differenti servitù, le quali possono esser divise in *servitutes habendi, faciendi, prohibendi.* Nelle prime colui che ha il diritto, tiene sotto la sua dipendenza una parte del fondo servente: onde il quasi possesso comincia con l'avere sotto la propria materiale potestà questa parte del fondo altrui, sia per mezzo di occupazione, sia per tradizio-

---

(g) *Vangerow*, op. c. §. 209. — *Haimberger*, il diritto rom. priv. e puro §. 192. — *Hufeland*, poss. pag. 163. — *Sinteiis*, diritto civ. p. 463. not. 23. — *Mühlenbruch*, §. 237.

(a) L. 20. de servit. (8. 1.). *Iavol.* Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.—L. 3. §. 17. de (43. 16.).—L. 10. pr. si serv. vind. (8. 5.). *Ulp.* Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendet per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse. — L. 2. §. 3. de precar. (43. 26.). — L. 4. §. 27. de usurp (41. 3.).

(b) L. 3. pr. de usufr. (7. 1.).

ne; nelle seconde colui che ha il diritto, può fare azioni speciali sul fondo vicino; onde il quasi possesso ha principio allora che s'imprende una di queste azioni che caratterizzano la servitù: come attingere l'acqua, passare e simiglianti: nelle ultime finalmente dette servitù negative, il quasi possesso comincia dal divieto fatto al proprietario vicino, p. e. di non elevare l'edificio; ovvero da una dichiarazione dell'altra parte che concede una *quasi possessio*. S'intende da sè che deve sempre congiungervisi il proponimento di esercitare quel tale diritto di servitù (c).

Il quasi possesso si perde o con l'intenzione di non possedere *(animus non possidendi)*, ovvero per l'impossibilità di esercitare a proprio talento il diritto, ed allora è perduto *quasi corpore*. Quando la servitù dà la detenzione dell'oggetto, il quasi possesso è perduto nella guisa stessa del possesso; nelle altre servitù conforme alla natura di ciascuna.

Onde il quasi possesso delle *servitutes habendi* e *faciendi* si perde allora che riesce impossibile o di tenere quella determinata parte del fondo altrui sotto il proprio potere, o di esercitare quell'azione che costituisce le *servitus faciendi:* e nelle servitù negative si perde poi il quasi possesso, avvenendo un fatto contrario all'intenzione del quasi possessore; quando, v. gr. non ostante il divieto, il proprietario vicino eleva l'edificio (d).

CAPITOLO II.

DELLA PROPRIETÀ.

T. Inst. de rerum divisione (2. 1.). — §. 11-47, D. de acquirendo rer. dominio (41. 1.). — *Gesterding*, esposizione dettagliata del diritto di proprietà e dei diritti affini. Greisswald 1817.

I. Carattere giuridico del diritto di proprietà.

§. 156.

A. Concetto della proprietà; e diritti in essa contenuti.

1) Intendiamo per proprietà *(dominium)* l'illimitato potere che ha la persona sopra una cosa, di modo che questa in tutto le appartiene (a). Nel diritto della proprietà si può distinguere un lato positivo e un altro ne-

---

(c) L. 20. pr. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 5.). — L. 7. de itin. actuque priv. (43. 19.). *Cels.* Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

(d) L. 6. 20. pr. de serv. praed. urb. (8. 2.).

(a) L. 25. pr. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, gativo; il primo è quella facoltà data al subbietto di esercitare sulla cosa la sua potestà illimitatamente, anche distruggendola; l'altro consiste nell'escludere l'azione di qualunque altra persona sulla cosa medesima.

2) Il diritto di proprietà ne comprende in sè molti altri, e specialmente:

a) il diritto di disporre della sostanza dell'oggetto *(ius disponendi)*, di trasmutarla, consumarla ed anche distruggerla;

b) il diritto di alienarlo in tutto o in parte *(ius alienandi)*;

c) di percepirne i frutti ed ogni specie di utilità *(ius utendi, fruendi)*;

d) di possederlo *(ius possidendi)*;

e) finalmente il diritto di rivendicarlo da qualunque terzo possessore *(ius vindicandi)*, e di respingere qualunque turbativa si faccia alla nostra illimitata potestà (b).

§. 157.

B. Limitazioni del diritto di proprietà.

Per regola generale il proprietario ha il più esteso diritto sulla cosa; ma, come lo scopo delle leggi è di garentire il libero svolgimento della personalità, ne nasce che questa illimitata potestà dev'essere dal diritto tutelata, finchè però non sia di ostacolo agli altri. Per la qual cosa si determinano dalla legge alcune limitazioni al diritto di proprietà, le quali possono consistere tanto nell'impedire al proprietario di fare qualche operazione nel suo fondo, quanto nel soffrire un'azione del vicino che possa dar molestia. La limitazione non può certo consistere nell'obbligare il proprietario a fare alcuna cosa in favore di un altro.

Queste limitazioni possono originarsi tanto immediatamente dalla legge, quanto da private disposizioni (a). In questo luogo ci occuperemo solamente della prima specie.

Quantunque fosse regola generale che il proprietario possa usare del suo diritto anche nocendo altrui (*qui iure suo utitur neminem laedit*) (b); pur tuttavia non deve esercitare i suoi diritti con l'intenzione di

---

etiam quum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse, hoc et Iulianus, et est verius.

(b) L. 25. §. 11. de her. pet. (5. 3.). — Confr. con la L. 1. C. de fundo dot. (5. 23.). — L. 3. §. 2. de usufr. (7. 1.). — L. 24. §. 12. de damno infecto (39. 2.).

(a) Ved. i capitoli sequenti.

(b) L. 9. de serv. praed. urb. (8. 2). *Ulp.* Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. — L. 24. §. ult. L. 26. de damn. inf. (39. 2.). — L. 1. §. 12. L. 21. de aqua et aq. pl. (39. 3.).

cagionare agli altri molestia o danno (c): perocchè il vicino è obbligato a soffrire solo ciò che dipende sinceramente dall'esercizio del diritto, come la polvere e il fumo necessarii all' uso che si fa della proprietà.

Da questi principii nasce che:

a) Il proprietario deve troncar l' albero che sporge sull' altrui edificio; e se nol faccia, sarà permesso al proprietario di quell' edificio di tagliar l' albero e di servirsi delle legna (d). Similmente quando un albero sporge sull' altrui fondo, il proprietario deve tagliere i rami fino all' altezza di 15 piedi, in caso contrario il proprietario vicino avrà il diritto di tagliarli egli stesso coll' appropriarsi le legna, a quale scopo avvi l'interdetto *de arboribus caedendis* (e).

b) Se i frutti di un albero cadono nel fondo vicino, il proprietario di questo deve permettere che il padrone raccogliesse i suoi frutti *tertio quoque die*; a tutela del qual diritto questi avrà l' interdetto *de glande legenda* (f).

c) Il proprietario deve permettere, che si facessero le escavazioni di pietre e altri minerali sotto il suo fondo, purchè naturalmente non si porti danno alla superficie del fondo medesimo, e che venga pagato un decimo al proprietario ed un altro al fisco (g).

Egli non può imprendere costruzioni tali presso l' area del vicino, che impedissero il corso dell' aria (h).

(c) L. 1. §. 12. L. 2. §. 9. de aq. et aq. pl. (39. 3.). *Ulp.* Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed tuum agrum meliorem faciendi id fecit.— Nov. 63.

(d) L. 1. §. 6. 9. de arb. caed. (43. 27.). *Ulp.* Ait Praetor: *Si per te stat, quominus eam adimas, quominus illi eam arborem adimere liceat, vim fieri veto.* Prius itaque tibi datur adimendi facultas; si tu non facias, tunc vicino prohibet vim fieri adimere volenti.

(e) L. 1. §. 1. 7. 8. eod. *Ulp.* Deinde ait Praetor: *quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pendes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* §. 8. Quod ait Praetor, et lex duodecim Tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumdantur; et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdictum hoc est; si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri.

(f) T. D. de glande legenda (43. 28.). *Ulp.* Ait Praetor: *glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die elegere, aufferre liceat, vim fieri veto.* §. 1. *Glandis* nomine omnes fructus continentur.

(g) L. 3. C. de metallariis (11. 6.). *Gratian. Valentinian.* et *Theodoe.* Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando.

(h) L. 14. §. 1. C. de serv. et aqua (3. 34.). *Iustinian.* Quum autem apertissimi iuris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit, suam naturam et utilitatem ostendere, aliquis vicinum suum vetebat, ita aedificium extollere iuxta aream suam, ut ventus excluderetur, e) Non potrà demolire la casa per venderne i materiali, nè venderla acciocchè poi si demolisca; il che fu statuito perchè le città non sieno deturpate da ruine (i).

f) È proibito di fare piantagioni od opere che cambiassero il corso dell' acqua, e per le quali venisse danno al fondo sottostante. Ed a questo riguardo l'antica legge delle XII tavole vietava al proprietario tutte quelle opere, per cui l' acqua corrente, deviando, allagasse il fondo del vicino. Al danneggiato è data l' *actio aquae pluviae arcendae* (k).

Ma affinchè il proprietario vicino possa produrre quest' azione conviene, che l' acqua sia piovana, ovvero mossa per mezzo della piovana; che il corso dell' acqua sia cambiato per mezzo di una *opus manu factum*; e finalmente che produca, ovvero è fortemente da temere, un danno positivo (l). Alcune volte però l' azione non può essere prodotta: così:

α) quando vi è il permesso del proprietario vicino;

β) quando l' opera fu fatta *colendi causa* (m), o *principis vel Senatus iussu*, o da chi prima costituì il fondo (n);

γ) quando la piantagione vale ad impedire che l' acqua corresse sul sul proprio fondo;

δ) finalmente per prescrizione di tempo immemorabile, cioè quando l' opera esiste da tanti anni, che nessuno dei viventi ne ricorda l' origine (o) (§. 73.).

Quest' azione non è diretta propriamente contro colui che fece l'ope-

---

et paleae ex huiusmodi obstaculo secernere a frugibus non possent, quasi vento suam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione vetito, quum secundum situm regionis, et auxilium venti aream accedit. Sancimus itaque nemini licere sic aedificari vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat.

(i) L. 48. de damn. infecto (39. 2).

(k) T. D. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.).

(l) L. 1. §. 2. 13. 15. 16. h. t. *Ulp.* Neratius scribit: opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur; eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere. §. 13. Item sciendum est hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere; et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet. §. 15. In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit. — L. 2. §. 6. h. t. — L. 23. §. 1. 2. eod.

(m) L. 1. §. 3. h. t. — ved. not. preced.

(n) L. 23. pr. L. 2. §. 3. eod. *Paul.* Quod principis aut Senatus iussu, aut ab his, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc iudicium non venit.

(o) L. 2. pr. §. 3. *Paul.* Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint, in aquae pluviae arcendae actionem non venire, in eademque causa esse ea, quorum memoria vetustas excedit.

ra, ma contro il vero proprietario: se questi fece l'opera, egli stesso è obbligato a toglierla e risarcire l'altro da tutti i danni della *litis contestatio;* se l'opera fu fatta da altri senza la saputa del proprietario, questi sarà tenuto a prestare pazienza, perchè l'attore a sue spese potesse abbatterla (p).

Il proprietario deve permettere che si costruisse una strada sul fondo suo, nel caso che il passaggio per la via ordinaria fosse impedito per innondazioni o per qualunque altra causa (q); e deve permettere il passaggio sul proprio fondo a colui che non si potrebbe recare altrimenti al suo (r).

Egli deve permettere, cadendo cose altrui nel suo fondo, che il padrone vada a raccoglierle: e può avere il diritto di ritenzione solo quando le cose nel cadere, abbiano arrecato danno alla sua proprietà (s).

Non può finalmente imprendere veruna opera presso il fondo altrui, senza servare lo spazio prescritto dalle leggi; nè scavare fosse profonde tanto, che sieno pregiudiziali all' altrui edificio (t).

§. 158.

a) Limitazioni rispetto all' alienazione.

T. Inst. quibus alienare (2. 8.).—C. de rebus alienandis et de prohibita rer. alienatione (4. 51.). — *Sande*, de prohibita rer. alienat. Leov. 1657.

Uno dei più importanti diritti, che spetta al proprietario è il *ius disponendi et alienandi*; ma pure può essergli tolto per tre modi, o direttamente per legge, o per via giudiziale, ovvero per private disposizioni (a).

(p) L. 3. §. 3. L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. 7. L. 11. §. 6. L. 12. h. t. *Ulp.* Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum; si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere ut patiar, te tollere. Sed si servus meus fecerit, aut is, cui heres sum, hoc fecit, servum quidem noxae dedere debeo; quod autem is, cui heres sum, fecit, perinde est, atque si ipse fecissem. §. 8. Aestimationem autem iudex faciet ex rei veritate, hoc est eius damni, quod apparuerit datum.

(q) L. 14. §. 1. quem. serv. amit. (8. 6.). *Iavolen.* Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.

(r) L. 12. pr. de relig (11. 7).

(s) L. 7. §. 1. 2. L. 9. §. 2. de damno infecto (39. 2.).

(t) L. 13. fin. reg. (10. 1.). *Gai.* Sciendum est, in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem, dicitur, tulisse; nam illic ita est: Si quis sepem ad alienum praedium fixerit infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem relinquito ; si vero domum, pedes duos, si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatium relinquito; si puteum, passus latitudinem; at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato, ceteras arbores ad pedes quinque. — L. 9. 11. 12. §. 2. C. de eod. priv. (8. 10.). — L. 24. §. 12. de damn. infecto 39. 2.

(a) 28. de V. S. (50. 16.). — L. 7. C. h. t. *Iustinian.* Sancimus, sive lex alienationem

Quando il divieto d' alienare viene direttamente dalla legge, od anche da un decreto giudiziale, ogni alienazione, quand' anche eseguita, è assolutamente nulla; e però non si trasmette ad altrui il diritto di proprietà; e le cose alienate possono essere rivendicate da mano di qualunque terzo possessore; di tal natura è il divieto di alienare una cosa litigiosa (v. l. pag. 395), il peculio avventizio regolare (§. 121), il fondo dotale, i beni del minore (§. 142), e simiglianti (b).

Se al contrario il divieto è per virtù di testamento, l' alienazione fatta sarà di nessun momento, sol quando il testatore proibilla, acciocchè poi la cosa ricadesse in favore di una determinata persona; contenendosi già in questo divieto la costituzione di un fedecommesso, per tal modo esso avrà la stessa efficacia d'una proibizione legale. Se poi il divieto non è fatto per avvantaggiare nessuno, l'alienazione avrà valore, ed il divieto si avrà in conto di un *nudum praeceptum* (c).

Circa alle altre private disposizioni, come un *pactum de non alienanda re*, per regola generale ogni simile convenzione è di nessun effetto (d). In molti casi però il divieto convenzionale può avere validità; così:

a) quando si è aggiunta la stipulazione di una pena, ed in questo caso spetta l' azione personale contro colui che alienava l' oggetto;

b) quando quegli che ha un diritto reale sulla cosa altrui, si fa promettere di non alienare; quando p. e. il creditore pignoratario fa col suo debitore un tale contratto;

c) finalmente quando il proprietario primitivo nella tradizione dell' oggetto si fa promettere dal compratore di non alienare; in questo caso tuttavia bisogna distinguere se tale contratto comprende una condizione risolutiva, ed allora tutto si rapporta alle regole delle condizioni (§. 52.),

---

inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit. conf. L. 4. C. de litig. (8. 37).

(b) L. 12. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.

(c) L. 3. §. 2. C. comm. de leg. (6. 43.). L. 114. §. 14. de legat (30.). *Marcian.* Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis convenientes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse.

(d) L. 61. de pactis (2. 14.). — *Pompon.* Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet.

cioè l' alienazione è nulla, ed a colui che avrebbe diritto alla restituzione, compete la *rei vindicatio;* per contrario se tale condizione non vi s'intende, l' alienazione è valida, eccettochè si può avere contro colui che aliena l' azione personale per *l' id quod interest* (e).

ANNOTAZIONE

(1) Quando in forza di una legale proibizione l'alienazione è nulla, non deve intendersi in modo che l'atto giuridico che fece alienare come la vendita, la donazione e simili, fosse sempre di nessuna validità; ma qualora si chiarisca che il successore singolare ignorava quel divieto, l'atto è valido, non perchè si possa richiedere la tradizione dell'oggetto, ma perchè può esser promossa l'azione di risarcimento (f).

È controverso; se colui che alienava l'oggetto, possa rivendicarlo. Molti rispondono di no, perchè nessuno può contraddire al fatto proprio; eccetto solo quando il divieto è stabilito dalla legge in favore di colui che alienava, p. e. del pupillo. Quest' opinione non è vera, ma piuttosto è da ragionare così: l' alienazione è di nessun effetto, e quindi, chi era proprietario, rimane tale anche dopo, e, come proprietario, non gli si può negare il diritto di rivendicare l'oggetto illegalmente alienato; vero è che essendo stato egli stesso il venditore, nel rivendicarlo incontra l' *exceptio rei venditae et traditae*, poichè l' atto di vendita in sè non è nullo. Ma tale eccezione non può produrre certamente conseguenze giuridiche, venendo oppugnata da una *replicatio* fondata sull' illegalità della vendita: « nam etsi tradiderit possessionem, » fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur (g) ». La regola che nessuno può contraddire al fatto proprio non può essere a questo caso applicata: giacchè la vendita ed in generale l' alienazione è considerata come non avvenuta (h).

(e) L. 135. §. 3. de V. O. (45. 1.).—L. 3. C. de cond. ob caus. dot. (4. 6.).—confr. L. 75. de contr. emt. (18. 1.). — L. 21. §. 5. de act. emt. vend. (19. 1.). *Paul.* Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.

(f) L. 4. De cont. emt. (18. 1.). *Pompon.* Et liberi hominis, et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur.—L. 6. pr. L. 34, §. 2. L. 70. 62. §. 1. eod. *Modest.* Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. — L. 39. §. 3. de evict. (21. 2.). — L. 5. §. 5. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.). — L. 5. C. de praed. min. (5. 71.). — L. 4. C. de litig. (8. 37.). — Nov. 7. C. 5.

(g) L. 1. §. 5. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). — confr. L. 32. §. 2. ad SC. Velleian. (16. 1.). *Pompon.* Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, *aut si eo venditio contra Senatusconsultum facta sit.* Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit aliam, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, etsi non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

(h) *Vangerow*, §. 299.

§. 159.

C. Diverse specie di proprietà.

1) La partizione più importante della proprietà era, nel diritto anteriore a Giustiniano, in proprietà quiritaria e in *bonis;* partizione che oggi ha solo importanza storica, essendo stata tolta nei codici giustinianei (a).

2) Il diritto di proprietà consistendo nell' illimitato ed esclusivo potere di una persona sopra una cosa, non può nel tempo stesso appartenere a più; onde: *duorum in solidum dominium esse non potest.* Ma a questa massima non osta che un oggetto potesse appartenere in proprietà a molti, purchè ognuno avesse il proprio diritto ristretto sopra una parte ideale *(pars pro indiviso)* dell' oggetto medesimo; questa specie di proprietà è appellata *condominium,* che bisogna distinguere dalla proprietà di molte persone sopra parti materiali e determinate *(partes pro diviso)* (b). Affinchè ciascuno potesse prendere disposizioni sulla sua parte ideale o materiale della cosa comune conviene che concorra la volontà di tutti. Da questa condizione nascono vicendevoli rapporti obbligatorii: così quanto alle disposizioni sulla sostanza, non potendosi prendere senza toccare la parte ideale degli altri, non si possono fare senza il consenso di tutti, di guisa che il dissenso di un solo è più forte della volontà consenziente degli altri (c). Se al contrario una disposizione fosse necessaria per conservare l' oggetto, avendo ognuno il diritto di conservare la sua proprietà, non può essere impedito dagli altri, anzi potrà pretendere la rivaluta delle spese fatte alla cosa comune. Nel caso che si trattasse di restauri necessarii ad una casa in condominio, colui che gli eseguiva, avea diritto alle usure centesime durante quattro mesi, dopo dei quali poteva avere la proprietà della porzione del condomino contumace (d). Dall'altra parte ognuno

---

(a) Vedi Appendice IX. alla fine del presente capitolo.

(b) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.). — L. 5. de stip. serv. (45. 3.). — L. 25. §. 1. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Quintus Mucius ait, partis appellatione partes pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius, non ineleganter partis appellatione utrumque significari.

(c) L. 11. si serv. vind. (8. 5.). — L. 8. 27. §. 1. de serv. praed. cor. (8. 2.). — L. 28. comm. div. (10. 3.). *Papin.* Sabinus, in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.

(d) L. 4. §. 3. comm. div. (10. 3.). — L. 52. §. 10. pro socio (17. 2.). — L. 4. C. de aedif. (8. 10.). *Philip.* Si, ut proponis, socius aedificii ad refectionem eius sumtus conferre detrectat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit, vel, quominus id fieret, per socium stetisse constiterit, ius dominii pro solido vindicare vel obtinere, iusta placitum antiquitus poteris.

dei condomini può in rapporto alla sua porzione prendere quelle disposizioni senza l' intervento degli altri, che non influiscano punto sulla cosa comune, come in rapporto ai frutti, alla rivendicazione ecc.; e se uno dei proprietarii alieni l' oggetto, l'alienazione sarà valida riguardo alla sua porzione (e).

3) La proprietà dicesi revocabile ed irrevocabile. È revocabile quando, senza bisogno della volontà del proprietario presente, ritorna per un qualunque avvenimento al primitivo: o quando sia per contratto sia per volontà di testatore può passare ad un terzo: qualora poi si richiede la volontà del proprietario, perchè il dominio trapassi ad altri, è detta irrevocabile. Inoltre quanto agli effetti, la proprietà è di due maniere rivocabile: o si suppone, dopo la rivocazione, come se quegli dalle cui mani fu rivocata, non fosse mai stato proprietario: o per converso, la rivocazione è tale che non annulla il precedente dominio: *dominium revocabile ex tunc* è il primo, *revocabile ex nunc* il secondo. Le differenze di queste due maniere di revocabilità sono rilevanti: nella prima venuto il punto della rivocazione, la cosa si può rivendicare a qualunque possessore, e cadono tutte le disposizioni prese dal proprietario intermedio; ma nella seconda, da quel punto nasce solo un' azione personale, e restano fermi gli atti del precedente proprietario (f).

4) La proprietà è distinta finalmente in *dominium plenum*, quando niuno per qualsivoglia diritto reale usa della cosa nostra; nell' altro caso il *dominium* è *minus plenum*. Quando poi al proprietario in tutto o in parte è tolto il diritto di disporre, il *dominium* dicesi *limitatum*; altrimenti è *illimitatum*.

ANNOTAZIONE

Oltre di queste distinzioni si poneva dai Glossatori una proprietà diretta, ed una utile; utile era quella che a sua tutela avea solo un' *utilis actio*. Seguitavano ancora a suddistinguere due forme di proprietà utile, l'una che comprendeva una proprietà perfetta, la quale si differenziava dalla diretta solo per la forma dell' azione; tale era p. e. quella acquistata per prescrizione, per *bonorum possessionem*, per *immissionem ex secundo decreto;* l' altra ch' era la proprietà *minus plena*, secondo essi, dell' enfiteuta, e del superficiario, poichè anche a questi si accordava un' *utilis rei vindicatio* (g).

(e) L. 68. pro socio (17. 2.). *Gai.* Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.—L. 13. C. comm. div. (3. 37.). — L. 1. C. de commun. rer. alienat. (4. 52.).

(f) L. 4. §. 3. de in diem add. (18. 2.). — L. 3. quib. mod. pign. (20. 6.). *Ulp.* Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

Più tardi si fece uso ancora del nome adoperato dai Glossatori, ma si dette al dominio utile un altro significato. Avendo accettata la divisione de' diritti contenuti nella proprietà, in diritti appartenenti alla proprietà e diritti di uso, quale il *ius utendi fruendi;* fu detto dominio utile quello che conteneva alcuni dei diritti di proprietà, come il *ius disponendi* il *vindicandi*, e tutti quelli di uso; e dominio diretto quello che avesse tutti i diritti di proprietà; onde, dimenticata la distinzione dei Glossatori, si chiamò utile il dominio dell' enfiteuta e del superficiario. L'opinione di attribuire all' enfiteuta ed al superficiario un dominio procedeva dalla seguente idea: il carattere specifico della proprietà consiste in alcuni diritti essenziali così detti diritti di proprietà contrapposti al *ius utendi fruendi*; ora quando vi sono istituzioni giuridiche nelle quali si contengono alcuni di questi diritti essenziali, devesi accettare la proprietà utile: tale è la enfiteusi e la superficie. Prima di tutto la divisione in diritti essenziali e di utilità nella proprietà non ha oggi nessuna importanza; dall' altra parte è vero che l' enfiteuta ha tali diritti sulla *cosa altrui* da rassomigliare quasi al proprietario, ma non ha tutti i diritti che corrispondono al vero concetto della proprietà; gli manca specialmente quella illimitata potestà sopra tutto l'oggetto che costituisce veramente il carattere fondamentale del diritto di proprietà; nè mai potrebbe avere l'insieme dei diritti mentre rimane enfiteuta, e, se giunge ad averli, si distrugge l'enfiteusi e si ha la proprietà; egli, come il superficiario, ha solamente un *ius in re aliena*, e solamente al *dominus loci* o al *dominus superficiei* si potrà debitamente attribuire il diritto di proprietà. Questa distinzione della proprietà in dominio diretto ed utile non avrebbe certamente occupato molti giuristi, se si fosse trattato di una nomenclatura: ma ha per contrario conseguenze importanti. Ammettendo per l'enfiteuta ed il superficiario un dominio utile, dobbiamo loro dare un diritto sul tesoro, sull' *insula nata* ecc.; quando all' opposto terremmo altro discorso se per essi ammettiamo un semplice *ius in re aliena.*

II. Dell' acquisto della proprietà.

§. 160.

Dell' acquisto in generale.

T. *Inst.* de rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio (2. 1.). — D. de acquir. rer. dominio (41. 1.). — *Gai*. Inst. II. §. 1-97. — *Ulp*. tit. XIX. — *Haenel*, de acquir. rer. dom. dissert. iur. civ. Cips. 1817.

1) Per l'acquisto del diritto di proprietà si richiedono quei generali requisiti che per l'acquisto di ogni altro diritto; i quali sono la capacità del subbietto, ed un obbietto idoneo ad essere acquistato. Quanto alla capa-

---

(g) Ved. *Glossa* ad L. 1. de bon. poss. (42. 3.). — L. 15. §. 16. de damn. infect. (39. 2.). — L. 1. 4. ager. vectig. (6. 3.). — L. 2. in f. de superf. (43. 18.). — L. 3. de usurp. et usuc. (41. 3.). — L. 1. C. de thes. (10. 15.). — *Alciati* comm. ad tit. de acqu. vel am. poss. ad Leg. 17.

cità subbiettiva ogni persona è capace di essere subbietto di proprietà senza distinzione; anche i figli di famiglia che nell'antico diritto erano incapaci di acquistare per sè, ne sono addivenuti capaci per diritto nuovo.

Quanto al secondo requisito tutte le cose in commercio sono capaci di essere obbietto della proprietà. Terzo requisito è un modo di acquisto; un' antica teoria stabiliva nella causa di acquisto due condizioni; ed il titolo ed il *modus acquirendi;* il titolo dovea dare solamente il *ius ad rem,* ed il *modus acquirendi* il *ius in re;* quando queste due condizioni si univano si acquistava la proprietà; questa teoria è rifiutata, perchè non in tutti i modi di acquisto convengono entrambe le condizioni, ma solamente nella tradizione e nella usucapione.

2) I Romani distinguevano l'acquisto per diritto civile, come la *iure cessio* la *mancipatio* e l'*usucapio*, e l'acquisto *iuris gentium*, come la *traditio* l'*occupatio* e l' accessione. Nel diritto giustinianeo i primi due modi furono aboliti (a).

3) I modi di acquisto possono essere ordinati così: modi che generano un acquisto originario, come l' occupazione, l' accessione, la specificazione e l' usucapione; e modi che generano un acquisto derivato, come la tradizione.

4) Questi modi non sono i soli, ma molti altri ve ne sono, i quali non possono comprendersi nella teoria della proprietà: sono di questa natura l' acquisto che il condomino fa, in certe condizioni, della parte dell' altro condomino contumace (§. 160): tutti i casi del dominio revocabile *ex nunc* o *ex tunc*, l'acquisto per *decretum D. Marcii* a cagione della violenza usata dal vero proprietario (§. 77): l' acquisto per aggiudicazione ed altrettali.

A. Acquisto originario.

§. 161.

1) Della occupazione.

L' occupazione è l' impossessamento di una *res nullius* col proponimento di appropriarsela. È perciò strettamente richiesto che l'oggetto sia libero, cioè, che non sia stato mai in proprietà di alcuno, ovvero che sia stato abbandonato, o che dalla legge sia considerato come *res nullius* (a).

(a) Ved. Appendice IX.

(a) §. 12-18. 48. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 3, pr. de acq. rer. dom. (41. 1.): *Gai.* Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. §. 1. Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi occupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur.

Secondariamente è richiesto un fatto esterno che determini il possesso, e da ultimo la volontà di acquistare l' oggetto.

1) Una specie di occupazione viene dalla caccia (*venatio*), sia che si eserciti nel fondo proprio, sia nell' altrui; il proprietario di questo potrà bensì impedire al cacciatore l' entrata del proprio fondo, potrà ancora muovergli contro un' azione d' ingiuria; ma il possesso e l' acquisto della caccia resta sempre in colui che l' ha fatta (b).

2) La caccia può farsi sugli animali selvatici che non sono in proprietà di nessuno; perciò i mansuefatti, che hanno l'abitudine di ritornare, non possono esser cacciati (c). E similmente sarebbe un furto la caccia degli animali chiusi in un parco.

3) Il segno dell' occupazione sta nel prendimento: quindi, benchè l' animale nella caccia fosse stato mortalmente ferito, non è da noi acquistato fino a che non l'abbiamo sotto la nostra potestà: così ancora se l'animale da noi preso sfugge dalla nostra custodia, si è involato dalla nostra vista, o riesce impossibile inseguirlo; per acquistarlo vi è bisogno di una seconda occupazione (d).

Le stesse regole della caccia stanno per la pesca e l'uccellagione (e).

II. L' occupazione delle cose inanimate è detta *inventio*; per essa si occupano le cose che o non furono mai nella proprietà altrui, o furono abbandonate, o sulle quali chi aveva il diritto di disporre, rinunciò alla proprietà senza trasferirla ad altri (f). Se al contrario il proprietario ne perdè il possesso senza sua volontà, o lo lasciò costretto, e senza rinunciare alla proprietà della cosa, non può farsi luogo all'occupazione; onde non si possono legittimamente occupare le cose smarrite, o gittate a mare per sicurezza della nave (g).

(b) L. 3. §. 1. ved. not. prec. L. 5. §. 2. 3. 4. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(c) L. 3. §. 14. 15. de acq. poss. (41. 2.). *Paul.* Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subiectae sunt. — L. 5. §. 4. 5. h. t.

(d) L. 3. §. 2. L. 5. pr. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Gai.* Quidquid autem eorum coeperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur; quum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se decesserit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. — L. 3. §. 14. 15. de acquir. vel am. poss. (41. 2.).

(e) §. 12. Inst. h. t. (2. 1.). Ferae igitur bestiae, et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae terra, mari, coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt; quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.

(f) §. 18. 47. Inst. h. t. (21. 1.). Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt. §. 47. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam, occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente obiecerit, ut id rerum suarum esse nollet; ideoque statim dominus esse desinit. — L. 2. pr. pro derelicto (41. 7.). — L. 17. §. 1. de acqu poss. (41. 2.). — L. 3. de div. rer. (1. 8).

(g) L. 43. §. 4. de furtis (47. 2.). — §. 48. Inst. h. t. (2 1.). — L. 9. §. 8. h. t. (41. 1.).

III. Terza specie di occupazione è la preda di guerra; i prigionieri, stabilivano le leggi di Roma, sono schiavi, e le cose prese al nemico *res nullius;* cosicchè non appena predate si acquistano per occupazione (h). I Romani ancora perdono la proprietà delle loro cose per l'occupazione che ne faccia il nemico; ma se le cose stesse sono poscia riprese in guerra da un altro Romano, il primo proprietario, in virtù del *ius postliminii* ammesso anche per le cose, potrà rivendicarle; così se i nemici vengono scacciati dagli stabili, questi ritornano al primo proprietario, e così dei cavalli e delle navi da trasporto (i).

§. 162.

a) Del tesoro in particolare.

T. C. de thesauris (10. 15.).— *Ortboff*, comment. iur. rom. de thesauro, Erlang. 1818.

Hanno nome di tesoro gli oggetti mobili da lungo tempo nascosti, dei quali non si può più conoscere il proprietario, sia che trovinsi nascosti in un altro mobile, sia in uno stabile. La proprietà del tesoro è acquistata da chi primo l'occupa (a). Se vien trovato nel fondo proprio, appartiene intiero a chi lo trova, eccetto quando questi adoperò arti illecite; poichè allora cade al fisco; qualora poi il tesoro sia trovato in un fondo religioso, bisogna dire secondo il passo delle Pandette, che al fisco ne spetti la metà (b).

Gai. Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiiciuntur; hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiiciuntur, quod quis eas habere non vult; sed quod magis cum ipsa nave periculum maris effugiat; qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit.

(b) L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. h. t. (41. 1.). — §. 17. Inst. h. 1. (2. 1.). Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

(i) L. 2. §. 1. L. 20. §. 1. L. 19. pr. de captiv. (49. 15.). *Pomp.* Verum est expulsis hostibus ex agris, quos ceperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec autem publicari, aut praedae loco cedere; publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus sit.

(a) L. 31. §. 1. de adqu. rer. dom. (41. 1.): *Paul.* Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat, sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cuius etiam furtum fit.

(b) §. 39. Inst. (2. 1.). Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem sequutus, ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit: et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit: cui conveniens

Se è trovato nel fondo altrui o publico, bisogna distinguere se fu scoperto per caso fortuito, o cercato appositamente; nel primo caso spetta metà a colui il quale lo rinveniva e metà al proprietario, al fisco o alla città se il fondo era publico, *iure accessionis*: nel secondo caso il tesoro apparterrà per intero al proprietario del fondo (c).

§. 163.

b) Della specificazione, confusione e commistione.

Koch. de iure eius, qui speciem ex al. mat. fecit. Marb. 1829.—*Meykow*, la teoria del diritto Romano dell' acquisto della proprietà per specificazione.

Chiamasi specificazione l' opera di colui che da una materia in parte o in tutto appartenente ad altri forma un novello oggetto.

1) Essa è un altro modo di acquisto; giacchè la specie essendo affatto nuova, nè, come tale, essendo stata in proprietà di altri, colui che l'ha lavorata, l'acquista per occupazione. Conviene dunque che la cosa non possa più ritornare nella forma primitiva: poichè altrimenti l'antico oggetto non sarebbe distrutto, e però, non essendo mai uscito di proprietà, s'apparterebbe sempre ed in qualunque modo al suo antico padrone (a).

2) La stessa regola si osserva, quando colui che produsse il nuovo oggetto avesse adoperata materia in parte propria in parte altrui. Egli acquista tutta intera la proprietà per specificazione, quantunque fosse in mala fede sulla parte appartenente ad un altro; la sola differenza che produce la buona e mala fede è in rapporto al rifacimento del danno : chè lo specificante di mala fede è obbligato a rifare ogni danno, quello di buona fede sarà obbligato a risarcire il proprietario della materia solamente

---

est, ut si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis. — L. un. C. de thesauris (10. 15.).

(c) L 3. §. 10. (41. 1.): *Callist.* Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. —§. 39. de div. rer. (2. 1.). — ved. not. prec.—L. un. C. h. t. (10. 15.). — L. 67. de rei vind. (6. 1.). — L. 63. pr. de acqu. rer. dom. (41. 1.).

(a) L. 7. §. 7. de acq. rer. dom. (41. 1.).—§. 25. Inst. de rer. div. Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit? . . . . Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. . . . Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium , aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem eius materiae praestavit.

in quanto si accrebbe la proprietà per la specificazione: *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* (b).

II. Avviene la *confusio* quando più masse liquide appartenenti a diversi proprietarii si mescolano insieme così da non potersi più discernere.

L' acquisto per confusione è regolato così:

1) Se la confusione avviene col consenso di tutti i proprietarii, nasce fra loro un condominio (c).

2) Se la confusione è di tale natura che sia possibile una separazione, ognuno de' proprietarii può rivendicare la sua parte (d).

3) Nel caso che più materie liquide di diversa natura si confondono senza reciproco consenso dei proprietarii pel fatto di uno che ne forma una specie nuova, ha luogo una specificazione, e il produttore ne acquisterà la proprietà secondo le regole della specificazione, ed in questo caso la confusione è un mezzo pure di acquistare la proprietà. Ma quando più masse liquide della medesima o diversa natura appartenenti a diversi proprietarii si confondano per caso o per fatto degli altri, in modo che non possono essere separate, nasce anche una comproprietà per tutti in proporzione della parte di ciascuno (e).

III. Se poi le cose sono solide la loro confusione è detta *commixtio.*

1) Quando questa confusione avviene per volontà dei proprietarii, allora si acquista una nuova proprietà, non per commistione, sibbene per tradizione; in caso che avviene per volontà di uno senza il consenso degli altri non nasce comproprietà, ma le cose si possono rivendicare da ciascuno (f).

(b) L. 206. de R. I. (50. 17.).

(c) §. 27 Inst. de rer. div. Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversae materiae sint, et ex iis propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem iuris est; nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae, vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit.

(d) L. 12. §. 1. de acq. rer. domin. (41. 1.). — L. 5. §. 1. de rei vind. (6. 1.). — *Ulp.* . . . Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia diduci possit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur, quia separari potest, agetur autem in rem actio.

(e) L. 3. §. 2. de rei vind. (6. 1.). *Ulp.* Pomponius scribit, si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commistum, ut diduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum; ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune, et unus quisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.—L. 7. §. 8. 9. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(f) L. 5. de R.V. (6. 1.). — ved. not. (d).—§. 28. Inst. de r. div. (2. 1.): Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non

2) Solamente quando il danaro altrui si è commisto totalmente col nostro, in modo che più non si possa distinguere, si acquista la proprietà del danaro, e la commistione si rappresenta come modo speciale di acquisto.

ANNOTAZIONE

Circa la specificazione tre opinioni seguivano gli antichi giuristi di Roma. I Proculiani ammettevano un acquisto di proprietà per occupazione, affermando che pel cambiamento della forma l'antico oggetto del tutto si distruggeva, nascendone un altro affatto nuovo; i Sabiniani per contrario sostenevano un acquisto per accessione a favore del proprietario della materia, giudicando la nuova forma come un accessorio aggiunto alla materia. Tra queste due opinioni eravi una media, la quale proponeva di esaminare se la materia lavorata potesse novellamente ripigliare l'antica forma; e solo quando non poteva, approvava l'acquisto di proprietà per specificazione (g).

Questa disparità non ha oramai molta importanza, essendo che l'ultima opinione fu sancita da Giustiniano. Oggi è controverso il caso, quando colui, che fa il nuovo lavoro, adopra materia in parte propria in parte altrui. Molti giuristi ammettono l'acquisto in favore dello specificante senza por mente se la materia potesse o no ripigliare l'antica forma, argomentando dalle ultime parole del §. 25 delle Instituta, con le quali Giustiniano senza distinzione gli assegna la proprietà (h). Questo principio è non solo contrario ad alcune disposizioni di legge abbastanza chiare, ma contraddice alla natura del diritto. E di vero il concetto sostanziale della specificazione è che l'oggetto altrui sia così trasformato, che esso più non esista; onde la proprietà del primo padrone manca per la perdita dell'oggetto; ma parlare di specificazione, quando la cosa può riprendere la forma primitiva, ed è possibile per qualunque mezzo la separazione della materia, sarebbe un togliere la proprietà all'altro proprietario affatto senza causa. Nè fanno molto peso le ultime parole di Giustiniano nel §. 25; imperocchè in tutti i casi addotti la materia non potrebbe ritornare nell'antica sua forma. Il che si vede pure dalle leggi 5. §. 1. de R. V, (6. 1.), L. 12. §. 1. de acquir. rer. dom. (41. 1.) (i). È ancora controverso se sia necessaria al produttore la buona fede, affinchè possa acquistare la proprietà dell'oggetto lavorato. La comune opinione fino agli ultimi tempi stabiliva come requisito essenziale dell'acquisto la buona

---

videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant; nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumento cuiusque competit, arbitrio autem iudicis continetur, ut ipse aestimet quale cuiusque frumentum fuerit. — V. L. 78. solut. (46. 3.).

(g) Ved. L. 7. §. 7. L. 12. §. 1. L. 24. de acquir. rer. dom. (41. 1.). — L. 5. §. 1. de R. V. (6. 1.). — Ved. not. (a) (d).

(h) V. *Haenel*, o. c. §. 22.—*Bacov*. ad §. 25.—*Mühlenbruch*, §. 248.—*Thibaut*, §. 7[illegible]3.—*Wening*, §. 129.

(i) *Glos.* ad §. 25. — Inst. *Hotom* e *Vinn.* ad §. 25. — *Puchta*, §. 136. N. 6. — *Arntds*. §. 155. ann. 3.

fede del produttore, nè manca chi oggi sostenga questa medesima opinione (k); ma generalmente si tiene che la mala fede non nuoce a siffatto acquisto di proprietà (l).

L'argomento che si adduce contro è, che si dà la *condictio furtiva* al *dominus materiae* contro il produttore di mala fede (m). Quest'argomento è di picciolo peso; imperocchè in quanto alla *condictio furtiva*, in un altro passo Ulpiano ci addita fino a qual punto essa può spettare al *dominus rei: donec*, dice, DOMINI FACTO *dominium eius rei ab eo recedat* (n). Un altro argomento di importanza maggiore è, che al *dominus materiae* è concessa l'*actio ad exhibendum*. Paolo ne apporta questa ragione (leg. 12. §. 3. ad *exhib.* (10. 4.)): *Quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.* Queste parole citate invalidano l'argomento: imperocchè o in questa legge si riproduce la dottrina dei Sabiniani, ed appunto perciò bisogna rigettarla: ovvero non devesi intendere che parli di diritto di proprietà; il testo vorrebbe solamente dire, che su quella cosa si ha, non propriamente un diritto di proprietà, ma in generale un diritto sostenuto da un'azione. Questa ultima interpretazione è tanto più fondata, in quanto che Paolo non segue la teoria de' Sabiniani, ma è di coloro che accettano una via di conciliazione.

§. 164.

2) Dell'acquisto della proprietà per accessione.

Van Winkewoort Crommelin, de iure accessionis sec. principia iuris Romani et hodierni, Lugd. Bat. 1822. P. I. p. 1-73.

Quando una cosa si congiunge ad un' altra in modo che non possa più separarsene, essendone divenuta parte integrante, la cosa aggiunta cessa di esistere di per sè, il proprietario ne perde la proprietà, che sarà acquistata da quello della cosa principale. Questo acquisto è detto per accessione (a): e chi acquista così, s'investe di tutti i diritti di proprietà, e l' altro perde ogni diritto reale; cosicchè gli conviene per altra via provvedere alla diminuzione del suo patrimonio. A questo proposito bisogna notare se colui che soffre il danno è o no il possessore della cosa principale: in caso che sia possessore, potrà opporre l'*exceptio doli* alla rivendicazione del proprietario, se la congiunzione fu prodotta da costui, se prima questi non gli rilascia il danno: se poi autore dell'accessione fu colui che ne soffre il danno, si applicheranno a suo riguardo le regole sulle spese. In caso che colui che ha il danno per il fatto dell'accessione non sia possessore dell'oggetto, e la unione avvenne per opera del proprietario o anche per opera sua in buona fede, gli si darà un' *actio in factum*, e secondo le circostanze l'*actio ad exhibendum;* al proprietario di buona fede compete l'elezione di risarcire il danno o cedere la cosa, facendosi pagare il prezzo della sua proprietà (b).

(k) *Sell.* saggi I. p. 194. — v. anche *Haenel*, §. 25. — *Unterholzner*, prescriz. I §. 70.

(l) *Mühlenbruch*, §. 248.—*Thibaut*, §. 743. Meykow, 167.—*Schweppe*, comp. §. 241. — *Puchta*, corso delle Istit. §. 242.—*Arndts*, §. 155. annot. 1. ecc.

(m) L. 13. 14. §. 3. de cond. furt. (13. 1.).— L. 4. §. 20. de usurp. (41. 3.).— L. 52. §. 14. de furtis. (47. 2.).

(n) L. 10. §. 2. de cond. furt. (13. 1.).

(a) L. 26. §. 2. de acquir, rer. dom. (41. 1.). — L. 23. §. 2. de R. V. (6. 1.). *Paul.* Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum , aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt. — §. 26. Inst. de rer. divis. (2. 1.).

Nel fatto dell'accessione possono darsi tre combinazioni: si possono unire immobili con immobili, mobili con immobili, e finalmente mobili con mobili.

I. Le specie della prima combinazione sono: l'*alluvio*, l'*avulsio*, l'*alveus relictus*, e l'*insula nata*.

1) L'accessione di quella terra che a mano a mano ed insensibilmente è deposta sul fondo altrui per forza dell'acqua corrente, dicesi *alluvio* (c).

2) Se l'impeto del torrente stacca per intera un pezzo di territorio, e l'aggiunge al fondo altrui, questa forma di accessione è chiamata *avulsio*. Il proprietario, al cui fondo si aggiunge il pezzo di terra, non ne acquista la proprietà, prima che esso non s'immedesimi col suo fondo, e le piante non vi mettano radici (d).

3) Il fiume appartiene alle cose publiche, finchè l'acqua vi corre: ma se essa per una qualunque cagione abbandona quel letto, questo rimasto al secco rientra nel commercio privato; ed è diviso tra i proprietarii confinanti. Per fare la partizione si mena una linea pel mezzo dell'alveo, e ciascuna metà sarà data al prossimo confinante. Se avviene che l'acqua riprenda l'antico corso, il letto tornerà cosa publica; nè il secon-

---

(b) L. 23. §. 4. 5. de R. V. (6. 1.). *Paul.* In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit, dare. §. 5. Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, quandiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur, scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. . . . ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

(c) L. 7. §. 1. 2. de acqu. rer. dom. (41. 1.). *Gai.* Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adiicit, iure gentium nobis acquiritur: per alluvionem autem id videtur adiici, quod ita paulatim adiicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoque momento temporis adiiciatur. §. 2. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et meo praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse. — Conf. L. 12. pr. h. t.

(d) Ved. not. prec. — L. 9. §. 2. de damn. inf. (39. 2.).

do letto così abbandonato ricade all'antico proprietario, ma sarà similmente spartito tra i confinanti (e).

4) Ancora le stesse regole valgono quando il letto del fiume, uscendo fuori la superficie delle acque, fa nascere un'isola; ma non sono isole nate, nè però sono soggette a queste leggi quei pezzi di terra trasportati dalla corrente del fiume, e chiamati giustamente isole galleggianti; giacchè sono considerate come *res nullius*, e s'appartengono al primo occupante (f).

5) Similmente quando si fabbrica sul suolo altrui, l'edificio apparterrà al proprietario del suolo per diritto di accessione. Le relazioni che possono sorgere tra il proprietario del suolo e chi edificò saranno regolate dai principii esposti innanzi (g).

II. Sono specie della seconda combinazione la *plantatio* e la *satio*.

1) Quando un albero vien piantato nel fondo altrui, il proprietario di questo lo acquisterà per accessione, non appena l'albero gittò le radici (h).

(e) §. 23. Inst. de rer. div.—L. 7. §. 5. 6. eod. *Idem*. Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. Quodsi post aliquot temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id obtineat. §. 6. Aliud sane est, si cuius ager totus inundatus fuerit, namque inundatio speciem fundi non mutat, et ob id, quum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit.— Ved. L. 38. eod. — L. 30, §. 1. de acquir. rer. dom. (41. 1.). — L. 1. §. 7. de flum. (43. 12.).

(f) L. 7. §. 3. 4. de acq. rer. dom. (41. 1.). — §. 22. de rer. div. (2. 1.). Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit, nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit; quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat.

(g) §. 30. *Inst.* de rer. div. (2. 1.): Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intelligitur; utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si, in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonae fidei possessor fuit, qui aedificavit: nam scienti, alienum solum esse, potest obiici culpa, quod temere aedificaverit in eo solo, quod intelligeret alienum esse.

(h) §. 31. Inst. eod. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit; et ex diverso

2) Similmente quando si è seminato nell'altrui fondo, si perde la proprietà della semenza, che viene acquistata dal proprietario del fondo per accessione, non appena che essa si è attaccata al terreno (i).

III. Finalmente appartengono alla terza combinazione: la *scriptura*, la *pictura*, il *partus ancillae* e l'*adiunctio*.

1) Per la pittura e la scrittura era regola per taluno che la tavola e la carta fossero le parti principali, e quelle le accessorie; per conseguenza il proprietario della tavola e della carta acquistava anche la proprietà del dipinto e dello scritto; ma Giustiniano decise il contrario per la sola pittura. Il proprietario del dipinto acquista la proprietà della tavola e della carta, ma deve rifar l'altro della proprietà perduta: altrimenti si darà a quest'ultimo un'azione utile per rivendicare la tavola, pagando al primo la sua opera (j).

2) L'*adiunctio* è l'unione di una cosa ad un'altra in modo che se ne forma una sola, ma così che coesistano entrambe. Le specie di questa *adiunctio* sono l'*adferruminatio*, ossia la unione de'metalli di eguale natura, l'*adplumbatura* la unione di metalli di diversa specie, la *inclusio* ecc. In questa ultima specie di accessione al proprietario della cosa accessoria

---

si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices egerit, eius permanet, cuius fuerat. Adeo autem, ex quo radices egit planta, proprietas eius commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.—L. 7. §. 13. L. 26. §. 2. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 2. 11. C. de rei vind. (3. 32.).

(i) L. 9. pr. de acq rer. dom. (41. 1.).—§. 32. Inst. eod. Qua ratione autem plantae, quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali secundum ea, quae diximus, ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

(j) §. 33. eod. Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est. §. 34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrbasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, possideat, consequens est, ut utilia actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.—L. 9. §. 1. 2. de acq. r. dom. (41. 1.).—L. 23. §. 3. de rei vind. (6. 1.).

è data un'*actio ad exhibendum* per far separare l'una cosa dall'altra, e dopo la separazione potrà rivendicare l'oggetto suo (k).

3) Finalmente il parto di una schiava è considerato come accessione e non come frutto; questo principio è importante nell'usufrutto, imperocchè l'usufruttuario non acquisterà mai la proprietà pei figliuoli della schiava.

ANNOTAZIONE

Il principio generale, che trapiantato l'albero è acquistato appena avrà gittato le radici, offre qualche difficoltà per alcune leggi, che molti giuristi credono in contraddizione; e se dalla legge 7. §. 13. *de acq. rer. dom.* (41. 1.). (§. 31. Inst. *de rer. div.* (2. 1).) sembra che per decidere della proprietà tutto dipenda dal sapere il luogo dove l'albero gittò le radici; dalla L. 6. §. 2. arb. furt. caes. (47. 7.) al contrario sembra che tutto stia nel sapere in qual luogo ebbe origine la pianta. A nostro avviso non pare che tra i due passi vi fosse contraddizione; imperocchè è chiaro che, se un albero nasce nel mio fondo, la proprietà me ne appartiene, e mi resta, anche se l'albero sporga le radici nel fondo del mio vicino; questi ha bensì facoltà di muovere un'azione negatoria, non mai avrà il diritto di proprietà. E questo dice la legge 6 citata. Se poi la pianta è trapiantata nel mio fondo, allora io non acquisterò il diritto di proprietà prima che non mettesse radici; e bisogna dire che quando attiro a poco a poco l'albero del vicino nel mio fondo, la proprietà allora è acquistata, quando la pianta ha gettato le sue radici e s'alimenta solo nel mio terreno (L. 7. §. 13.) (l).

§. 165.

3) Dell' acquisto della proprietà sui frutti.

Al proprietario come tale spetta il diritto ai frutti della sua cosa fruttifera, per diritto di accessione mentre sono pendenti, e, separati, sono per lui un nuovo oggetto di proprietà.

Oltre al proprietario un terzo ancora può acquistare un diritto di proprietà sui frutti della cosa altrui, ma solo quando ne sono staccati o per mezzo di separazione o di percezione; e formano perciò altri modi di acquisto.

1) Acquistano questa proprietà per separazione:

a) l'enfiteuta, avendo egli la maggior parte dei diritti del vero proprietario; ed ancora, per assimilazione, il creditore pignoratario anticretico (a);

(k) L. 23. §. 5. de rei vind. (6. 1.). — Ved. not. (d).— L. 6. 7. §. 1. 2. ad exhib. (10. 4.).

(l) Ved. *Vangerow*, o. c. §. 324.

(a) L. 25. §. 1. de usuris (22. 1.).

b) il possessore di buona fede (b);

2) Gli altri possono acquistare i frutti della cosa altrui solo per mezzo di percezione; cioè mediante un atto speciale ch'essi imprendano col proponimento d' un tale acquisto (c).

ANNOTAZIONE

Non tutti sono di accordo per l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede.

Il *Savigny* vorrebbe che questi non avesse altro diritto sopra i frutti che quello che ha sulla cosa principale, ossia una *bonae fidei possessio*; il solo vantaggio per lui è il tempo molto più breve per usucapirli, cioè tre anni, e il non dover restituire i frutti consumati (d).

L' *Unterholzner* al contrario fa distinzione tra frutti naturali ed industriali; su questi acquista il possessore di buona fede una irrevocabile proprietà; mentre sui primi non avrebbe che una *bonae fidei possessio* (e).

Il *Marezoll* senza questa distinzione opina che il possessore di buona fede immediatamente acquisti il diritto di proprietà; ma la durata ne sarebbe dipendente dallo stato della buona fede: giacchè non appena questa finisca, si estingue *ipso iure* altresì la proprietà, e ricade al proprietario della cosa fruttifera; purchè, s'intende, i frutti non siano stati consumati. Da questi principii deduce poi il *Marezoll* la possibilità dell' usucapione, e la *vindicatio* dei frutti *exstantes* (f).

Finalmente il *Backe* pensa che il possessore di buona fede acquisti per mezzo della separazione la proprietà dei frutti senza distinzione di naturali o industriali; e solamente quando la cosa principale è rivendicata dal proprietario, *officio iudicis* i frutti *exstantes* sono consegnati al vincitore del processo di rivendicazione (g). Questa si può dire l' opinione della più parte dei moderni giuristi (h), la quale risponde alla natura delle cose ed ai principii fondamentali del diritto, ed è rafforzata dalle ragioni che seguono.

1) Il possessore di buona fede in forza del suo giusto titolo è riguardato dalle leggi come vero proprietario, ed a lui è data un'utile azione rivendicatoria. È chiaro che durante questo tempo, valendo egli come effettivo proprietario, si stima che eserciti anche legalmente tutti i diritti inerenti a quello di proprietà; dunque anche il *ius utendi fruendi*, mercè il quale si acquista non il possesso ma la proprietà. Egualmente era nella proprietà bonitaria del diritto antico: il proprietario in *bonis*

(b) L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). *Iulian.* Porro bonae fidei possessor in percipiendibus fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est.—§. 3. Inst. de rer. div. (2. 1.).

(c) §. 36. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.). — L. 13. quib. mod. usuf. (7. 4.). — L. 16. de praescript. verb. (19. 5.). — L. 61. §. 8. de furtis. (47. 2.).

(d) *Savigny*, del possesso §. 22. 6ª edizione.—*Windschsid*, giornale di Giessen; nuova serie, IV. p. 55.

(e) *Unterholzner*, Archivio civile VIII. pag. 311.

(f) *Marezoll*, nel giornale di Giessen XVIII. pag. 218.

(g) *Backe*, *Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit*. Berol. 1825.

(h) Ved. *Zimmern*, nel museo del Reno III. pag. 351.—*Puchta*, corso dell'Istit. §. 240.—*Mühlenbruch*, comp. §. 250. — *Arndts*, §. 156. ed altri.

acquistava sui frutti della cosa non la proprietà bonitaria, ma la quiritaria; giusto perchè si erano concessi a lui tutti i diritti materiali del proprietario civile. Il che è confermato dalle leggi. « *Bonae fidei possessor*, dice Giuliano, in percipiendis » fructibus id iuris habet, *quod dominis praediorum tributum est* » (i): e Paolo: » fructus statim bonae fidei emtoris fit; *nec usucapi debet;* e Gaio: fructus statim » *pleno iure sunt bonae fidei possessoris* » (k). A queste leggi possiamo aggiungerne altre di egual valore. Così Giustiniano nel §. 35. delle Istituzioni de rerum div. (2. 1.) mette l'acquisto dei frutti del possessore di buona fede come modo di acquistare la proprietà; Papiniano nega ogni diritto di proprietà sui frutti al proprietario di una cosa fruttifera, quando essa trovasi nella *bonae fidei possessio* di un terzo (*quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt*) (l); così le locuzioni istesse *fructus suos facit, eius fiunt fructus: fructus ad eum pertinent* (m). Il volere esporre tutti questi passi in maniera da non trovarvi per il possessore di buona fede che il solo possesso e non la proprietà, nasce dall' ostinarsi in un' idea poco conforme alla realtà delle leggi.

2) La proprietà concessa al possessore di buona fede è una proprietà *revocabile ex nunc;* certamente egli è obbligato alla restituzione dei *fructus extantes*, quando l' oggetto è rivendicato con efficacia dal vero proprietario; ma questa obbligazione nasce *ex officio iudicis*; il che vuol dire che la proprietà sui frutti per il possessore di buona fede non termina prima che non si adempisca a questa obbligazione, e prima che non fosse trasferito l' oggetto (n); a questo corrispondono le parole della legge 48. *de acquir. rer. dom.: suos interim facit.*

Se il possessore di buona fede avesse venduto i frutti ad un terzo, è statuito che il proprietario della cosa non potrà in nessuna guisa rivendicarli dal terzo, nè dallo stesso possessore. Ciò è contrario alla teoria del *Savigny;* poichè logicamente, secondo lui, bisogna concedere al proprietario della cosa la rivendicazione dei frutti da ogni terzo possessore. È contrario altresì all' opinione del *Marezoll*, il quale, quantunque dia il diritto di proprietà al possessore di buona fede, pure affermandone la perdita *ipso iure* appena egli addiviene di mala fede, deve concedere al proprietario la rivendicazione dei frutti. Ma queste deduzioni sono pel *Marezoll* meno logiche che pel *Savigny*; imperocchè presso de' Romani non è generalmente riconosciuta la regola, che per acquistare la proprietà sui frutti bisogna che continui la buona fede; ed anche che fosse da tutti accettato per l' acquisto esservi bisogno della buona fede del possessore al momento della separazione, non potremmo giammai dedurne perdersi per la *mala fides superveniens* la proprietà, anche dei frutti acquistati con buona fede. Inoltre la restituzione de' frutti non può essere ammessa se non dopo la *litis contestatio*, dal che ricaviamo, che il proprietario fino a quel punto non è stato mai proprietario de' frutti: ora come gli si può concedere secondo i principii del diritto romano una propria azione per rivendicarli?

La sola legge che il *Marezoll* ha potuto citare in pruova della sua dottrina è la L. 43. *de evict.* (21. 2.), la quale dice: « Vaccae emtor, *si vitulus*, qui post emtionem

(i) L. 25. §. 1. de usuris (22. 1.).

(k) L. 28. eod.

(l) L. 1. §. 2. de pign. (20. 1.).

(m) L. 25. §. 1. 2. L. 28. pr. L. 45. de usur. (22. 1.). — L. 13. fin. quib. modis usuf. (7. 4.). — L. 48. de acquir. rer. dom. (41. 1.).

(n) §. 35. Inst. de rer. div. (2. 1.). — §. 2. Inst. de offic. iud. (4. 17.). — L. 22 C. de rer. vind. (3. 32.)

« natus est, *evincatur*, agere ex duplae stipulatione non potest ». Questo passo non appartiene alla materia: prima perchè non è detto nè che il possessore sia stato di buona fede, nè che sia stato tale almeno nel momento della separazione. Dal contesto di tutta la legge si vede che il giurista volle dimostrare che per mezzo della evizione del frutto non sia annullata la *duplae stipulatio;* poichè il *vitulus* come *corpus* è differente dall' usufrutto come diritto; e per questa dimostrazione suppone il caso in cui un frutto venga evitto al compratore senza badare ai requisiti di una tale evizione. Che poi vi siano casi, in cui si può vindicare il frutto di una cosa fruttifera dal compratore, non è messo da nessuno in dubbio; ma da ciò non nasce la conseguenza, che contro il possessore di buona fede è data al proprietario della cosa fruttifera una speciale rivendicazione dei frutti. « Fructus autem rerum, quas « *mala fide* tenuit, ... *suos non facit, sed extantes quidem vindicari, consumtos* « *vero condici posse, procul dubio est* (o).

3) Il possessore di buona fede dalla *litis contestatio* è obbligato a restituire i frutti *extantes*, ed è liberato dalla restituzione de' consumati. Ora col nome di consumati s' intendono non solo quei che furono veramente usati, ma ancora quei che furono venduti e specificati.

Molti applicherebbero alla materia i principii dell' usucapione; ma secondo la nostra maniera di vedere ciò è impossibile, ripugnando alla ragione e al diritto una usucapione sulla propria cosa. Egli è giusto secondo il concetto del *Savigny* e *Marezoll* di accettare un' usucapione; ma dato il diritto di proprietà da parte del possessore di buona fede sui frutti separati, è inconcepibile l' usucapione. Le leggi che il *Marezoll* porta a pruova del suo assunto sono:

a) la leg. 4. §. 5. de usurp. (41. 3.). di Paolo: « Fructus et partus ancillarum et « foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt ». Certo qui la possibilità dell' usucapione sopra i frutti non può mettersi in dubbio, ma per venire alla conchiusione del *Marezoll* bisogna supporre che il defunto fosse stato di buona fede; quanto ciò possa dedursi da questo passo e specialmente dalle parole: *si defuncti non fuerunt*, ognuno vede. Ma pure secondo la sua stessa teoria, supponiamo il defunto possessore di buona fede; sarebbe stato certamente proprietario dei frutti almeno fino alla durata della buona fede; ora come si conciliano poi le parole, *si defuncti non fuerunt ?* rapportandole forse non ai frutti, ma alle cose stesse ? (p); ma ciò è arbitrario per logica, ed impossibile secondo grammatica.

b) la leg. 48. §. 5. *de furtis* (47. 2.), la quale è di pochissima o nessuna importanza, quando il paragrafo citato si aggiunge col sesto.

4) Ma questi diritti del possessore di buona fede valgono solamente pei frutti, e non già per le accessioni; sullo quali il possessore della cosa principale non avrà che un possesso di buona fede; così il parto dell' ancella, essendo considerato come accessione, il possessore non avrà sui figli di essa che un possesso di buona fede, cioè saranno per lui un obbietto di usucapione (q).

(o) L. 4. C. de crim. expil. hered. (9.32.). — confr. L. 22. §. 2. de pign. act. (13. 7.). — L. 3. C. de cond. ex leg. (4. 9.).

(p) *Marezoll*. l. c. pag. 215.

(q) L. 28. §. 1. de usur. (22. 1.). *Gai*. Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia conparaverit. — L. 48. §. 5. 6. de furtis (47. 2.). — §. 37. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 11. §. 2. 5. de publ. in rem. act. (6. 2.).

5) L'acquisto dei frutti che fa il possessore di buona fede non dipende dalla *conditio usucapiendi*, quindi non va sottoposto alle regole ed ai requisiti dell' usucapione. Onde vi sono casi, nei quali è riconosciuto l'acquisto dei frutti mentre è impossibile l' usucapione (r).

D'altra parte se nel possesso di buona fede è sufficiente che vi sia buona fede al principio, nell'acquisto dei frutti per contrario è richiesta sempre al momento della separazione ; almeno ciò è detto da Ulpiano, Africano e Paolo (s), ma sembra che Giuliano tenesse altra opinione (t).

A. Dell' usucapione ordinaria.

§. 166.

1) Requisiti di essa.

T. Inst. de usucap. et longi temp. possess. (2. 6.); — D. de usurp. et usuc. (41. 3.). — Cod. communia de usucapionibus (7. 30.);—de usucapione transformanda (7. 31.); — de praescript. long. temporis X. vel XX. annor. (7. 33.); — in quibus causis cessat long. tempor. praescript. (7. 34.); — quibus non obiicitur long. tempor. praescr. (7. 35). — nec rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescript. submoveat. (7. 38.); — de praescript. XXX. vel XL. annorum (7. 39.). — *Gai.* Inst. II. §. 40. 109. — *Paul.* recept. sent. V. 2.; — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. V. c. 5. c. 14-31.; — *Maiansii*, disput. iur. tom. II. 50-60; — *Rave*, principia universae doctrinae de praescriptionibus, cura Eichmanni, Hal. 1799.— *Thibaut*, sul possesso e sulla usucapione. Iena 1802.;— *Unterholzner*, teoria della prescrizione, Breslavia 1815.; — *Reinhardt*, la *praescriptio* e l' *usucapio* del diritto romano; — *Raevardi*, Tribonianus, sive de veris usucapionum differentiis contra Tribonianum, Antv. 1561.

L' usucapione è un modo di acquistare la proprietà mediante un possesso non interrotto per tutto il tempo dalle leggi stabilito. È giustificata, perchè senz' essa la proprietà sarebbe incerta, anzi in alcuni casi ne sarebbe impossibile la pruova (§. 87. pag. 364).

I requisiti dell' usucapione sono la prescrittibilità dell' oggetto, il possesso qualificato, e il tempo fissato dalle leggi.

(r) L. 48. §. 1. fin. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Paul.* . . . . . . Nec contrarium est, quod longum tempus currit; nam a contrario is, qui non potest capere propter vitium rei, fructus suos facit. — L. 4. §. 19. de usurp. (41. 3.). — L. 48. §. 5. 6. de furtis. (47. 2.).

(s) L. 23. §. 1. de a. r. d. *Ulp.* Tandiu autem acquirit, quandiu bona fide servit; ceterum si coeperit scire, esse eum alienum, vel liberum, videamus, an ei acquirit; quaestio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta? Et magis est, ut singula momenta spectemus. — L. 40. 48. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(t) L. 25. §. 2. de usur. (22. 1.). *Iulian.* Bonae fidei emtor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit, fundum alienum esse; an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. Respondi, bonae fidei emtor, quod ad percipiendos fructus, et intelligi debet, quandiu evictus fundus non fuerit; nam et servus alienus, quem bona fide emero, tandiu mihi ex re mea, vel ex operis suis acquiret, quandiu a me evictus non fuerit.

I. Tutte le cose che sono in commercio sono prescrittibili; pure alcune sono sottratte all'usucapione o per privilegio di persona, o per proprietà della cosa stessa.

1) Sono sottratte all' usucapione per privilegio di persona:

a) le cose del fisco; ancora è da notare che i *bona vacantia* cominciano già ad essere imprescrittibili non appena sono dichiarati tali (a);

b) le *res dominicae*, ossia le cose appartenenti all' imperatore (b);

c) gl' immobili delle chiese e dei corpi pii (c);

d) gli oggetti delle città (d);

e) le cose dei pupilli e dei minori (e).

2) Per proprietà loro:

a) le cose che appartengono ad un peculio avventizio regolare; ma ritornano sotto l' usucapione appena termina la patria potestà (f);

b) quelle cose, la cui proprietà è perduta dal padre per causa del secondo matrimonio (§. 115) a favore de' figliuoli del primo letto; sono fuori usucapione anche dopo estinta la patria potestà (§. 121. annot.) (g);

c) quanto alle cose dotali, il *fundus dotalis*, non potendo alienarsi giusta la legge Giulia, fu sottratto ancora all' usucapione; Giustiniano ordinò inoltre che nessuna prescrizione poteva opporsi alla donna che reclamava in giudizio le cose mercè la *vindicatio* o l'*actio hypothecaria*, siano queste cose mobili od immobili, estimate o non estimate, se non dal tempo ch' essa fu idonea ad intentare l'azione, ossia dallo scioglimento del matrimonio, o dall' insolvenza del marito (h);

(a) L. 9. Inst. h. t. (2. 6.). Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco non dum nunciatis, bona fide emtorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt. — L. 18. 24. h. t. (41. 3.).

(b) L. 2. C. h. t. (7. 38.). *Valent. Theod.* et *Arcad.* Universas terras , quae a colonis sive emphyteuticariis dominicis, iuris reipublicae, vel iuris templorum in qualibet provincia venditae, vel ullo alio pacto alienatae sunt, ab his, qui perperam aut contra leges eas detinent, nulla longi temporis praescriptione officiente, iubemus restitui, ita ut nec pretium quidem iniquis comparatoribus reposcere liceat. — L. 6. C. de fund. patr. (11. 61.).

(c) Nov. 111. c. 1. 131.

(d) L. 9. h. t. *Gai.* Usucapionem recipiunt maxime res corporales exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani, et civitatum, et liberis hominibus. — L. 12. §. 2. de publ. in rem. act. (6. 2.).

(e) L. 3. C. quib. non obic. (7. 35.). — L. 5. C. in quib. caus. (2. 41.). — L. un. C. si advers. usuc. (2. 36.). — ved. §. 87. not. (f) (g).

(f) L. 1. C. de bonis maternis (6. 60.). — L. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.). — L. 1. §. 2. C. de annali eccept. (7. 40.). *Iustinian.* Ne autem imperfecta sanctio videatur , quum in maternis quidem rebus filiisfamilias tempora exceptionum currere dispositum erat, et quo sacris paternis absoluti sunt, in aliis autem, quae minime acquiri possunt, hoc non fuerat specialiter constitutum, apertissima definitione sancimus, filiisfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint, id est postquam manu paterna vel eius, in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant ?

(g) Nov. 22. c. 24.

d) le cose mobili furtive secondo le leggi delle XII tavole, e la legge Atinia (i). Con esse però non sono egualmente tolte all'usucapione le produzioni (k); le quali solamente allora possono essere considerate come furtive, quando furono percepite dallo stesso possessore di mala fede, ossia dal ladro stesso; eccetto il parto della schiava e degli animali, poichè i figli sono reputati furtivi e però tolti all' usucapione, anche quando nascono presso il possessore di buona fede, purchè la madre sia stata rubata gravida, o sia tale divenuta nelle mani del possessore di mala fede (l).

Il vizio di furto delle cose è purgato *(vitium rei purgatur)*, quando ritornano in potestà del loro proprietario (m). Se esse ritornano in potestà del procuratore, non sono ancora purgate dal vizio, finchè il proprietario non abbia avviso della presa di possesso; ma s'egli niente avea saputo del furto, non v'è mestieri di avviso. Lo stesso si dica quando la sottrazione fu fatta dallo stesso procuratore, e dopo un' altra fiata questi se ne impossessa pel mandante (n).

(h) L. 16. de fundo dot. (23. 5.). — L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.).— ved. §. 110. not. (a).

(i) §. 2. 3. Inst. de usuc. (2. 6.). Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt , nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum, et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessarum lex Iulia et Plautia. — L. 4. §. 6. L. 33. pr. de usurp. (41. 3.). — L. 215. de V. S. — *Gai.* Inst. II. §. 45. 49.

(k) L. 4. §. 19. L. 10. §. 2. L. 33. de usurp. (41. 3.). *Ulp.* Scaevola libro undecimo quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem usucapi ab herede distractum iuvencum non posse; sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare, usucapere posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat.

(l) L. 4. §. 19. de usurp. (41. 3.). — L. 48. §. 5. de furt. (47. 2.). *Ulp.* Ancilla si surripiatur pregnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem; sed in hoc posteriore casu furti actio cessat; sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est, et in foetu eorum, quod in partu.

(m) §. 8. Inst. de usuc. (2. 6.). — §. 12. Inst. de obl. quae ex del. (4. 1.). — L. 4. §. 6. 12. 21. L. 49. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.—L. 7. §. 37. pro emt. 41. 4.). — L. 84. de furt. (47. 2.).

(n) L. 4. §. 7. 8. 10. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Labeo quoque ait , si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse; commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim.

Purgandosi dal vizio le cose furtive quando ritornano nelle mani del proprietario, ne segue che se questi avesse furate le stesse cose sue, per esempio, al creditore pignoratario, all'usufruttuario, al possessore di buona fede, non sarà certamente ostacolo all'usucapione (o).

Se un non proprietario impegni o conceda ad usufrutto una cosa, e di poi la sottragga al creditore, o all'usufruttuario; la *purgatio vitii* avviene quando la cosa ricade in potestà del rubato (p).

E generalmente la cosa s'intende ritornata nelle mani del proprietario, o di colui che fu rubato, quando se ne impossessa in modo *ut avelli non possit* (q), o sia convinto che gli appartenga, e che sia proprio quella che gli fu rubata (r): quando sta in lui di riaverne il possesso per mezzo di un'azione (s): quando il proprietario per atto legale ne trasmise la proprietà al possessore (t).

e) anche sottratte sono le *res vi possessae* secondo la legge Giulia e Planzia (u). Il vizio per queste cose si purga nel medesimo modo come per le rubate (v);

f) i mobili venduti dal possessore di mala fede, il quale, così facendo, commette un furto (x). E secondo un ordine di Giustiniano anche gl' immobili, quando il proprietario non ha notizia della vendita avvenuta (y);

g) quella cosa che l'erede ha venduta togliendola da un legato, fosse puro o condizionale; sicchè il legatario dopo il *dies cedens* o dopo avvenuta la condizione potrà sempre rivendicarla (z);

(o) L. 20. §. 1. de furtis (47. 2.). — L. 4. §. 21. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest, quod puto rectius dici. — L. 5. pro emt. (41. 4.).

(p) L. 49. h. t. *Labeo.* Si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: uno forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit.

(q) L. 4. §. 12. de usurp. (41. 3.).

(r) L. 4. §. 12. cit. L. 7. §. 7. pro emt. (41. 4.). — L. 86. de furtis (47. 2.).

(s) 215. de V. S. (50. 16.). — *Paul.* . . . . . In lege Atinia in potestate domini rem furtivam venisse videtur, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.

(t) L. 4. §. 13. 14. L. 32. pr. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Sed et si vindicavero rem mihi surreptam, et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur. §. 14. Idem dicendum est, etiamsi voluntate mea alia tradita sit.

(u) §. 2. Inst. (2. 6.). — Ved. not. (i). — L. 33. §. 2. de usurp. (41. 3.).

(v) §. 8. Inst. h. t. L. 33. 2. de usurp. (41. 3.). — L. ult. de vi bon. rapt. (47. 8.). *Venul.* Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve eius pervenit, usucapi lex vetat.

(x) §. 3. Inst. de usucap. (2. 6.). — L. 6. C. de furtis. (6. 2.). *Alexand.* Alienum servum sine voluntate domini qui sciens vendidit seu donavit vel alio modo alienavit, nihil domino diminuere potest; et si contrectet, vel apud se detinuerit, etiam furtum facit.

(y) Nov. 119. c. 7.

h) quelle cose, le quali contro la legge Giulia *repetundarum*, sono state per qualunque titolo date ad un governatore di provincia (aa). Il vizio è purgato quando esse tornano in potestà del proprietario (bb);

i) i materiali altrui finchè sono incorporati coll'edificio, non avendo il proprietario di essi la facoltà nè di rivendicarli nè di farli staccare;

k) finalmente nel regolare i confini di due campi vicini per mezzo dell'*actio finium regundorum* l'eccezione di usucapione ordinaria non è accettata (cc).

4) La nota massima di diritto: *alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi,* non ha tanto valore da conchiudersi assolutamente che quando è proibita l'alienazione, si proibisce egualmente la usucapione (dd). Pel terzo possessore delle cose litigiose ha luogo un'usucapione di 20 anni (ee).

§. 167.

a) Continuazione (possesso qualificato).

II. Il secondo requisito dell'usucapione è il possesso qualificato, poichè essa deve venire da un possesso con giusto titolo e buona fede.

1) Il possesso è requisito essenziale dell'usucapione, e chi non può possedere non può nemmeno usucapire: egualmente come quelle cose che non possono essere obbietto di possesso, non possono essere usucapite. Ancora il tempo richiesto per l'usucapione non comincia a decorrere prima che non si sia acquistato il possesso, talmente che, se il possesso è preso per procuratore, quel tempo non incomincia a decorrere prima che il possessore principale non avesse contezza della presa di possesso (§. 152).

2) Il possesso dev'essere non solo un possesso così detto civile *(ani-*

(z) L. 3. §. 3. C. de legatis (6. 43.).

(aa) L. 8. §. 1. de leg. Iul. repet. (48. 11.). *Paul.* Eadem lex venditiones, locationes eius rei causa pluris minorisve factas irritas facit, impeditque usucapionem, priusquam in potestatem eius, a quo profecta res sit, heredisve eius veniat. — L. 48. pr. de acqu. rer. dom. (41. 1.).

(bb) L. 8. §. 1. de leg. Iul. repet. (48. 11.). — Ved. not. prec.

(cc) L. 6. C. fin. reg. (3. 39.). *Theod. Arcad.* et *Honor.* Cunctis molitionibus, et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere.

(dd) L. 16. de fundo dot. (23. 5.). — *Tryphon.* . . . . nam licet lex Iulia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat.

(ee) L. 1. C. de praes. long. temp. (7. 33.).

mus domini, proprietatis), ma ancora dev'essere poggiato sopra un titolo idoneo a trasmettere il diritto di proprietà, che non ha la sua efficacia per un impedimento esteriore; per conseguenza il titolo dev' essere idoneo, ossia vero e giusto (1).

Tale impedimento alla efficacia del titolo può avvenire se il tradente non era proprietario, o se per la limitata potestà non può disporre. I titoli avuti come idonei per l'usucapione sono:

a) *Pro herede*. Non è questo l'antico titolo *pro herede* il quale non v'è più nella legislazione giustinianea, ma sibbene l'altro mercè cui taluno, per errore scusabile, si crede erede, e possiede le cose ereditarie (2).

b) *Pro emtore* è quando uno, avendo comprato un oggetto, e pagato il prezzo di stima, ne acquistò il possesso (a).

c) *Pro donato*, cioè quando la cosa fu consegnata al possessore a titolo di donazione. In una donazione tra il padre ed il figlio di famiglia, com' essa è nulla, il titolo *pro donato* non è titolo giusto per l' usucapione (b). Lo stesso si dica in generale per le donazioni tra coniugi; ma se l'oggetto della donazione fu una cosa altrui, la donazione tra coniugi varrà come titolo per la usucapione, purchè il donante non addivenga più povero (c).

d) *Pro soluto*, se qualcuno ebbe in pagamento una cosa altrui dal debitore, ovvero da chi non era debitore una cosa propria (d).

e) *Pro transacto*, quando si possiede una cosa altrui in virtù di transazione (e).

(a) L. 2. pr. §. 3. pro emtore (41. 4.). *Paul.* Pro emtore possidet, qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet, se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo, et si putem me vendidisse, et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus; sic denique, si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse; at in emtione illud tempus inspicitur, quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse.

(b) L. 1. pr. §. 1. pro donato (41. 6.). *Paul.* Pro donato ius usucapit, cui donationis causa res tradita est; nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet, §. 1. Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.

(c) L. 1. §. 2. L. 3. pro donato (41. 6.). *Paul.* Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare; alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligitur. Possidere autem uxoram rem a viro donatam, Iulianus putat. — L. 25. 44. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.).

(d) L. 33. §. 3. L. 46. 48. de usurp. (41. 3.). *Hermog.* Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest. — ved. annotaz. (1).

(e) L. 8. C. de usuc. pro emt. (7. 26.). — *Dioclet.* et *Maxim.* Ex causa transactionis habentes iustam causam possessionis usucapere possunt.

f) *Pro legato*, quando uno acquista per legato una cosa di un terzo, ovvero una cosa propria del testatore, ed ignora che gli fu tolta novellamente in un codicillo (f). Ma se il legato non era per lui, ovvero s'egli è incapace di acquistarlo, il titolo *pro legato* non potrà aver valore; eccetto se vi fu sbaglio di nome (g).

g) Finalmente *pro suo* (h), quando il titolo non può aver altro nome distinto, come se qualcuno cominciasse a possedere per errore una cosa altrui.

3) Al titolo si deve aggiungere la buona fede, la quale è la certa persuasione, ch'abbia il possessore, di aver acquistato l'oggetto in una maniera legittima, e di averne già conseguita la proprietà. Però la buona fede nasce dall'errore, ma dal solo errore di fatto scusabile: che se l'errore è di diritto, o vi fosse una grave negligenza nell'errore di fatto, il possessore sarà reputato di mala fede (i).

È soltanto necessario che la buona fede siavi al principio dell'acquisto, perocchè la *mala fides superveniens* non impedisce l'acquisto della proprietà (k).

Se il possesso si acquista per opera altrui, bisogna distinguere quando il possessore principale lo acquista anche senza sua volontà, e quando questa volontà v'è indispensabilmente richiesta. Circa il primo punto è sufficiente che la buona fede fosse in colui che l'acquista per l'altro: come nel figlio che acquista *ex peculiari causa* pel padre, nello schiavo per il padrone, nel tutore per il pupillo (l); si noti per altro che se il padre od il padrone ne avessero conoscenza nel momento stesso dell'acquisto, si richiederebbe benanche la loro buona fede: non così se dopo (m). Quando poi per l'acquisto è necessaria la volontà del possessore principale, bisogna che questi solo sia di buona fede; la buona o mala fede del mandatario è del tutto indifferente.

(f) L. 4. §. 8. pro legato (41. 8 .). *Paul.* Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed ademta codicillis ignoratur; in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, etsi in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, quum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.

(g) L. 2. 4. 7. eod. — ved. not. prec.

(h) L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.). *Nerat.* Sed id, quod quis, quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio; quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

(i) L. 31. pr. de usur. (41. 3.).—L. 7. §. 2. pro emt. (41. 4.).—L. ult. pro her. (41. 5.).—L. 4. de iur. et fact. ign. (22. 6). *Pomp.* Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat. — L. 4. pro emtor. (41. 4.). *Iavol.* Emtor fundi partem eius alienam esse non ignoraverat; responsum est, nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum; quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emtor ignoraverat; quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse non dubito.

(k) L. 43. 48. de usurp. (41. 3.). — L. un. C. de usuc. trasf. (7. 31.).

(l) L. 8. pr. L. 31. §. 3. L. 43. §. 1. L. 47. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si emtam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.—L. 2. §. 14. L. 7. §. 8. pro emt. (41. 4.).

ANNOTAZIONI

(1) È controverso se un titolo putativo sia sufficiente fondamento per la usucapione. Egli è certo che la esistenza di un titolo erroneo, non fa ostacolo all' usucapione (o); lo stesso vale quando vi esiste un titolo, e colui che acquista per usucapione ha in mente un altro (p).

Quanto agli altri casi alcuni scrittori affermano esserci stata su ciò differenza tra i giuristi romani, avendo gli uni escluso il titolo putativo, avendolo gli altri ammesso quando siavi un errore scusabile; Giustiniano aver poi decisa la questione conforme ai primi. Ciò non è affatto vero. La regola generale certamente è che il solo titolo vero può dare origine alla usucapione e non il putativo (q); con tutto ciò è accettata la eccezione, che l'errore di fatto scusabile non nuoce alla usucapione, e per conseguenza non vi è contraddizione nelle leggi (r); dato per altro che vi fosse errore da parte del tradente, e dell' acquirente. Ciò non ostante la questione è lungi dall'essere del tutto risoluta, riconoscendosi da alcuni moderni giuristi, p. e. nel pagamento di un indebito o di una *datio in solutum* avvenuta in buona fede tra debitore e creditore putativi, la esistenza di un titolo vero; imperocchè, la *iusta causa traditionis*, affermasi, non essere la *obligatio*, ma l' atto civile della *solutio*, o della *datio*, e questo essersi pienamente avverato (s).

(m) L. 2. §. 13. pro emt. (41. 4.). — *Paul.* Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego ubi primum cognovi, sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait; initium enim possessionis sine vitio fuisse; sed si eo ipso tempore emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum.

(o) L. 48. pr. de usur. (41. 3.). *Paul.* Si existimans debere, tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si tu putas debitum esse. Aliud si putem, me ex causa venditi teneri, et ideo tradam; hic enim non nisi auctio praecedat, pro emtore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur; neque interest, quum stipulor, sciam alienum esse, nec ne; sufficit enim, me putare, tuum esse, quum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur, et quo solvitur; nec potest pro emtore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.— L. 4. §. 2. pro suo (41. 10.).

(p) L. 31. §. 6. L. 41. §. 4. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si defunctus emit, heres autem putat, eum ex donationis causa possedisse, usum eum capturum, Iulianus ait.

(q) L. 27. de usur. (41. 3.). *Ulp.* Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fides adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Item et in litis aestimationem subierit, usucapere non possit.— L. 1. pro donato (41. 6.).— L. 6. pro derelicto (41. 7.).—§. 11. Inst. de usuc. (2. 6.). — L. 4. C. de usuc. pro her. (7. 29.). — L. 5. C. de praescript. long. temp. (7. 33.).

(r) L. 11. pro emt. (41. 4.). — ved. not. (v). — L. 3. pr. L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.).

(s) *Keller*, Pand. 2.ª ed. 1866. §. 133.—*Unterholzner*, prescr. p. 109.—*Leist*, *Mancip* p. 292.

Non ci pare essere il vero cotesto; abbiamo invece per fermo esservi vero *titulus pro soluto*, quando qualcuno *solvendi causa* trasmette ad un' altra una *res* veramente *debita*, che se non perviene nella proprietà dell' acquirente, per cui vi ha bisogno dell' usucapione, è per mancanza di proprietà da parte del tradente, e non per deficienza di obbligazione (t); in generale come per aversi un vero titolo *pro emtore*, *pro donato* evvi bisogno di una vera vendita, di una vera donazione ecc., così non vi potrà essere vero titolo *pro soluto* senza una vera *obligatio*. È d' avvertire però una differenza che vi ha tra il titolo *pro soluto*, e il *pro emtore:* parrebbe a prima vista che questo fosse compreso in quello, ma, considerato attentamente, il titolo *pro emtore* ha una specialità che lo distingue dal titolo più generico *pro soluto*, richiedendosi in quello la buona fede non solo al tempo della tradizione, ma ancora al momento della conchiusione del contratto; dal che segue che non è sufficiente la opinione di aver comprato, ma richiedesi che la vendita fosse realmente avvenuta (u). Quindi pare che nel titolo *pro emtore*, non potrebbo, come nel *pro soluto*, ammettersi un titolo putativo. Ma se avessi dato il mandato di comprare alcuna cosa, ed il mio mandatario me l' avesse consegnata con l' assicurazione del già seguito contratto di vendita, le leggi accettano un *usucapio pro emtore*, che non segue se non in virtù di un titolo putativo: infine, prescindendo dagli esempii, vi sarà titolo putativo relativamente alla vendita, *si iustam causam eius erroris emtor habeat* (v). In questi termini è indiscutibile riconoscersi il titolo putativo sì nel pagamento di un indebito generalmente, si anche per una vendita putativa, ma non generalmente, come per il titolo *pro soluto*, ma quando vi ha errore probabile. Se non che per il primo caso, che, come si disse, non è da tutti accettato, ci si fa qualche difficoltà per alcune espressioni delle leggi; e di vero nella legge 48 riportata (x) Paolo, appellando il caso dall'erroneo pagamento *usucapio pro soluto*, pare accennasse ad un vero, e non ad un titolo putativo, di guisa che parrebbe fondata la opinione del *Keller*. Per quanto fosse vacillante il linguaggio dei fonti a questo riguardo, pure non crediamo si potesse chiamare altrimenti; il titolo prende nome dall' atto giuridico che lo determina, se esso per errore si crede avvenuto, la causa non cambia natura da diventare una diversa; altrimenti l' errore per se stesso sarebbe una causa legittima di tradizione, mentre esso opera una finzione, ammettendosi come esistente quel fatto giuridico che si è creduto esistere; similmente nessuno mette in dubbio la esistenza del titolo putativo nel caso della leg. 11. riportata (y), eppure Africano appella una tale usucapione *pro emtore*. Dicemmo il linguaggio dei fonti essere alquanto vacillante a tale riguardo, e di fatti Pomponio, che pure dal modo come ci presenta il caso ci vuole far notare un titolo putativo pel fatto dell' indebito pagamento, chiama la *possessio*, che mena all'usucapione, *pos-*

(t) L. 46. de usurp. (41. 3.). ved. not. (d).

(u) L. 48. de usurp. (41. 3.). ved. not. (o). — L. 2. pr. pro emt. (41. 4.).

(v) L. 2. §. 15. 16. L. 11. pro emt. (41. 4.). *African.* Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, si usucapio sequatur. — L, 5. §. 1. pro suo (41. 10. . — L. 44. §. 4. de usurp. (41. 3.).

(x) Ved. not. (u).

(y) Ved. not. (v).

sessio pro suo (z). Da questa legge non si potrebbe avvantaggiare la opinione degli avversarii, perchè domanderemmo, se per un caso simile si debba ritenere un titolo vero, il nome di questo titolo non potrebbe essere che *pro soluto*; come va che Pomponio lo chiama *pro suo*? Riconosciamo esser questo un argomento che puossi anche ritorcere contro di noi, ma con questa differenza, che per la opinione contraria, che vuol riconoscere un titolo vero, la espressione di Pomponio non può giustificarsi in nessuna maniera, per la nostra invece si può fare la questione (che abbiamo motivo di credere essersi ventilata tra i giureconsulti romani) se un titolo putativo, il quale non poggia sopra un fondamento vero, non sia da collocarsi piuttosto in quello più generico di *pro suo:* ossia tra quei casi, in cui il possesso è per sè causa di usucapione, naturalmente perchè fondamento di essa non sarebbe in fondo la causa del debito, che non esiste, ma un fatto tutto subbiettivo dell'usucapiente. È probabile che tale abbia potuto essere la opinione di Pomponio. Del resto, essendo questa molto più una questione di nomi, anzichè di sostanza, non le daremo maggior importanza di quello che merita; quello che ci resta di netto però è, che in ogni modo queste diverse espressioni, ed il collocamento del medesimo caso in due titoli diversi, ci fanno più sicuri che nel caso del pagamento di un indebito, o di una *datio in solutum*, che vale lo stesso, non possa scorgersi un titolo vero *pro soluto*, ma piuttosto un titolo putativo, indifferente s' esso debba appellarsi con Paolo, come la causa creduta, *pro soluto*, o *pro suo* con Pomponio (aa).

(2) Si potrebbe al caso addotto della usucapione *pro herede* aggiungere l'altro, quando un vero erede tiene una cosa come appartenente alla eredità, quando non è realmente (bb); ma qui, propriamente parlando, si ha un titolo *pro suo*, anzichè *pro herede* (cc). Comunque sia, bisogna che la cosa non fosse mai stata nel possesso dell' antecessore. Ed in fatti se vi fosse stata, verrebbe che, o l' antecessore era nella *conditio usucapiendi*, e l'erede continuerà a possedere col titolo stesso; e quegli non trovavasi in quella condizione, e non potrà usucapire nemmeno l'erede con tutta la sua buona fede (dd).

• Ammessa l' usucapione per erede, è oltremodo quistionato se essa abbia o no valore anche contro il vero erede. L'opinione in voga risponde affermativamente (ee). Molti però, e negli ultimi tempi ancora, vi si dichiararono contro (ff), e certamente con ragione. In questa controversia bisogna badare ai seguenti principii:

(z) L. 3. pro suo (43. 10.). *Pompon.* Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere *falso* existimabas, tradidisti mihi; si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam, quia si nescio, verius est, ut usucapiam; quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, *pro meo possideam*, et ita Neratius scripsit, idque verum puto.

(aa) Ved. anch. not. (q). — *Fitting, tit. pro soluto* nell' Archivio per la pratica civile, vol. II. fas. 1. Heidelberga, 1869.

(bb) L. 3. pro hered. (41. 5.).

(cc) *Mühlenbruch*, comp. §. 262. — *Unterholzner* I. 373.

(dd) L. 19. §. 1. de herd. pet. (5. 3.). — L. 11. de div. temp. praescr. (44. 3.). — L. 4. C. pro hered. (7. 29.).

(ee) Ved. *Savigny*, archivio storico di giurisprudenza V. pag. 21.—*Rosshirt*, arch. civil. IX. n. 1.

(ff) *Arndts*, Museo del Reno II. pag. 125.—*Peucerus*, de usucap. pro hered. natura, Jen. 1835. §. 6. 20.—*Thibaut*, Sist. 8. ediz. §. 1013.—*Mühlenbruch*, comp. §. 262. not. 8, ed altri.

1) Il noto senatoconsulto di Adriano riferito nella legge 20. §. 6. de hered. pet. (5. 3.) stabilisce che i possessori tanto di buona, quanto di mala fede convenuti in giudizio con una *hereditatis petitio* devono restituire, *usque eo quo locupletiores facti sunt ex ea re*. Per il che bisogna dire che « post Senatusconsultum « omne lucrum auferendum esse, tam bonae fidei possessori, quam praedoni » (gg); ed è chiaro che l' usucapione delle cose ereditarie sia da tenersi appunto come tale lucro; e per conseguenza colui ch' è addivenuto proprietario delle cose ereditarie, deve restituirle al vero erede che contro lui produce l'*hereditatis petitio*: che debba farsi quest'applicazione, si ricava da Gaio II. §. 57, secondo cui un senatoconsulto di Adriano, quello della legge citata, ordinò che l'erede attore in una *hered. pet.* doveva dal possessore, *perinde eam rem consegui, atque si usucapta non esset*. Volere attribuire questa frase all'antica usucapione *pro herede* del predone è arbitrario, non ponendo il senatoconsulto distinzione tra il possessore di buona e quello di mala fede.

2) Questo risultato si rileva chiaro abbastanza dalla L. 1. quor. bon. (43. 1.), secondo la quale il convenuto in giudizio con l'*interdictum quorum bonorum* è obbligato a restituire « *quod pro herede aut pro possessore possidet, possideretve, si nihil usucaptum esset;* i sostenitori della contraria opinione vorrebbero che alla parola *possideretve* si sottintendesse solamente *pro possessore* e non *pro herede;* sicchè il Pretore non parli in questo luogo che dell'*improba usucapio*, e non del *bonor. possessor*. Lasciando stare che questa interpetrazione è impossibile grammaticalmente, bisognerebbe supporre che i compilatori abbiano messe queste parole per inavvertenza, il che non si può affermare senza bisogno e così alla leggiera. Secondo la nostra maniera di vedere adunque nella legislazione giustinianea sarebbe stabilito che l'*usucapio pro herede* non potrebbe valere contro l'*interdictum quorum bonorum*, nè contro la *hereditatis petitio*.

3) In due leggi del Codice e propriamente nella L. 7. C. *de pet. herd.* (3. 31.) L. 4. C. *in quib. caus. cess. l. t. praesc.* (7. 34.) è detto chiaramente, che la *longi temporis praescriptio* non può essere efficace contro la *hereditatis petitio*. Ognuno scorge quanto peso danno queste leggi, e come fondano una presunzione che anche nella *usucapio* non sarebbe stato ammesso un differente principio.

4) A tutto questo si potrebbe obbiettare: se ciò fosse non si potrebbe spiegare come nel *corp. iur.* può esser ancora ammessa una *usucapio pro herede*. Questa obbiezione sparisce immediatamente, quando si considera che veramente nel sistema legislativo di Giustiniano non è totalmente abolita la *usucapio pro herede;* essa ha tutto il suo valore, eccetto contro il vero erede. Di fatti il possessore *pro herede* dopo il tempo determinato dalla usucapione può intentare la *rei vindicatio* contro ogni terzo possessore, e legalmente può trasferirne il diritto di proprietà.

5) Si è dato qualche peso ad alcune leggi, che in verità sono poco importanti, perchè le parole *si negotium integrum* della legge 2. C. *quor. bon.* (8. 2.) non si rapportano alla usucapione, ma bensì vogliono significare, se non vi è *res iudicata*, ovvero se non è stata intentata nessun'altra azione, e nella legge 3. C. de *edicto* D. Adr. (6. 33.) si fa solamente parola della prescrizione di 30 anni.

(3) È molto disputato se una valida sentenza possa essere un giusto titolo di usucapione (hh).

(gg) L. 28. de hered. pet. (5. 3.).

(hh) Ved. *Donelli*, comm. iur. civ. lib. V. c. 14. §. 13.—*Arndts*, arch. civ. XVIII. p. 283.—

Per veder chiaro in questa controversia conviene, che dapprima si escludano i casi che sono fuori dubbio. Quando mercè di un'azione personale il convenuto è condannato a restituire una cosa, l'attore potrà certamente avvalersi della sentenza come titolo di usucapione (*pro soluto*); così quando in un giudizio di rivindica il convenuto che ha compito, secondo la opinione del giudice, la usucapione dopo la *litis contestatio*, è condannato alla restituzione dell'oggetto. Ma per contrario se dal giudizio di rivendicazione non viene se non una semplice sentenza assolutoria, essa non potrà valer mai come titolo di usucapione pel convenuto: poichè tale sentenza punto non afferma in lui un acquisto legale, ma semplicemente annulla l'azione dell'attore per non aver questi saputo o potuto provare il suo diritto di proprietà.

La questione si riduce adunque al seguente caso; se valga la sentenza come titolo, quando qualcuno senza avere un titolo, ovvero ne ha uno, sul quale egli stesso non fida, intenta una *rei vindicatio* e ci riesce, sebbene in cuor suo non tenga sè proprietario, ma l'altro. Coloro i quali non vogliono riconoscere ad una sentenza la forza di un titolo, espongono la seguente ragione: per mezzo della sentenza non si costituisce un nuovo diritto, sivvero si dichiara il preesistente (ii); per ciò la sentenza non è un mezzo di acquisto della proprietà, e chi ciò crede, il suo errore è un errore di diritto, di cui secondo le regole generali non può giovarsi l'usucapione.

È una giusta massima che la sentenza del magistrato nient'altro afferma che il diritto che precedentemente esiste: donde è chiaro che chi non è proprietario, non deve avere in suo favore una sentenza di rivendicazione a cui non ha diritto. Ma non è men certo che le cose nella realtà non sempre procedono secondo questo tenore; e devesi pel rispetto della giustizia stessa, piegare alquanto la severa assolutezza dei principii. Onde la materiale ingiustizia d'una sentenza la quale, secondo le apparenze legali, afferma un diritto che altri non avea, deve per umana necessità tenersi ancora come legittima, ed il vincitore della lite come giustamente tale. Nel caso posto di sopra l'attore per mezzo della sentenza è divenuto veramente proprietario (kk).

Quando l'attore conosce questo principio, se veramente crede che il convenuto condannato fosse il proprietario, egli si ritrova nella medesima posizione, come se dal presunto proprietario avesse comprato, o permutato l'oggetto medesimo.

Per conseguenza tra i titoli per la usucapione si può benissimo annoverare il titolo *pro iudicato*, il quale sarà analogo al titolo *pro transacto* ed al titolo di un giuramento; nè mancano leggi che in certo modo lo determinano (ll).

Sintenis **I. p. 504. not. 52.—contrarii *Unterholzner*, praescr. I. pag. 400.— *Puchta*, recitazioni. I. pag. 312.**

(ii) L. 6. §. 4. si servit. vind. (8. 5.). — L. 35. §. 1. de R. V. (6. 1.).

(kk) L. 3. §. 3. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.). *Ulp.* Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum prouuutiatum, tutoresque restituerunt, nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.

(ll) L. 3. §. 1. L. 7. pr. de publ. in rem. act. (6. 2.). *Ulp.* Sed, etsi res iudicata sit, Publiciana actio competit.

§. 168.

b) Continuazione (tempo per prescrivere).

T. D. de diversis temp. praescrip. et de access. possess. (44. 3.).

1) Il possesso da cui nasce l'usucapione, deve essere continuato per tutto il tempo stabilito dalla legge. Questo periodo varia secondo la qualità delle cose, cioè per le cose mobili il possesso deve durare tre anni, dieci per le immobili se possessore e convenuto sono domiciliati nella medesima provincia *(inter presentes)*, e venti se sono domiciliati in due provincie differenti *(inter absentes)*. Se il possessore è stato parte del tempo del possesso presente, e parte in un altro luogo, il tempo che mancherà sarà contato al doppio: così due anni di assenza valgono uno di presenza. Il tempo sarà considerato come finito al principio dell'ultimo giorno (§. 70.) (a).

2) Il possessore ha facoltà di aggiungere al suo possesso quello dell'antecessore *(accessio possessionis seu temporis)* (b); purchè il possesso sia passato immediatamente dall'uno all'altro.

a) Quanto al successore universale Giustiniano riconobbe nella sua riforma dell'usucapione l'*accessio temporis*, per mezzo di cui gli eredi ed in generale coloro che stanno per gli eredi possono aggiungere al loro proprio possesso quello dell'antecessore; in guisa però che l'erede continui il possesso come era incominciato dall'antecessore. Così se questi era nella *conditio usucapiendi*, il successore possederà per l'usucapione, quand'anche fosse di mala fede (c). Se poi l'antecessore non era in quella buona condizione, non solo non avrà luogo l'accessione del possesso, ma nè la propria buona fede gioverà al successore per cominciare un novello possesso (d).

(a) L. 12. C. de praescr. l. t. (7. 33.). — Nov. 119. c. 8. De exceptione decenni definire nobis placuit, ut, si quis in dicta temporali decenni praescriptione aliquot annis praesens, quibusdam vero absens sit, tot alii anni ad decennium illi addantur, quot per decennium absens fuit. Haec vero omnia, quae de temporali praescriptione definivimus, non in praeteritis, sed in futuris, et illis tantum negotiis ac rebus obtinere iubemus, quae hanc legem sequuntur.

(b) L. 13. §. 4. de poss. (41. 2.). — §. 13. Inst. h. t. Inter venditorem quoque et emtorem coniungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt. — L. 2. §. 16. 20. pro emtor. (41. 4.). — L. 11. C. de praescr. l. t. (7. 33.). — L. un. C. de usuc. transf. (7. 31.).

(c) §. 12. Inst. de usucap. h. t. (2. 6.). Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse: quod si ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur. — L. 43. de usurp. (41. 3.). — L. 2. §. 19. pro emt. (41. 4.).

(d) L. 11. C. (7. 32.). *Arcad.* et *Honor.* Vitia possessionum a maioribus contracta perdub) Anche il successore singolare può aggiungere al proprio possesso quello dell'antecessore; ma per lui non corrono le medesime regole del successore universale. Bisogna anzi che vi siano i seguenti requisiti: il successore deve trovarsi egli stesso nella condizione di usucapire, onde richiedesi da parte sua il giusto titolo e la buona fede (e); ed in secondo luogo anche l'*auctor* dev'esser stato nella stessa condizione (f); la differenza rilevante che vi esiste in questo rapporto col successore universale è, che pel singolare non si ammette l'accessione del tempo in caso di mala fede del precedente proprietario, se l'*auctor* manca dalla *conditio usucapiendi*, ma potrà incominciare da sè un nuovo possesso; mentre pel successore universale è esclusa in questo caso assolutamente l'usucapione. Finalmente è mestieri che il possesso sia trasmesso immediatamente al successore singolare, senza che vi sia stato interruzione di un'altra persona che avesse posseduto; e qui ancora evvi un'altra differenza con il successore universale; poichè mentre a questi una *vacua possessio*, come una *hereditas iacens*, non nuoce (g), nel singolare successore è richiesto che non vi sia neppure questa, ma è assolutamente necessario che egli succeda immediatamente all'*auctor*. Questa accessione fu introdotta da Severo ed Antonino (h).

Oltracciò il successore non solo può aggiungere al suo possesso quello dell'antecessore, ma ancora quello dell'antecessore di quest'ultimo (i), ed anche quello del temporaneo possessore; come ad esempio, se vi è un possesso sotto condizione risolutiva, avvenuta questa, esso va in accessione a colui cui passa l'oggetto (k).

---

raut, et successorem auctoris sui culpa comitatur. — L. 11. h. t. (44. 3.). — L. 4. C. de usuc. pro hered. (7.29.). — Ved. not. prec.

(e) L. 15. §. 1. — L. 16. de div. temp. praescr. (44. 3.). — L. 2. §. 17. pro emt. (41. 4.). *Paul.* Si eam rem, quam pro emtore usucapiebas, scienti mihi, alienam esse, vendideris, non capiam usum.

(f) L. 37. de act. emt. vend. (19. 1.). *Paul.* Sicut aequum est, bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non est aequum, eidem personae venditoris sui dolum prodesse. L. 13. §. 1. 13. de acq. poss. (41. 2.). — L. 5. de div. tem. praes. (44. 3.). — L. un. Cod. de usuc. trasform. (7. 31.). — conf. L. 177. de R. I. (50. 17.).

(g) L. 31. §. 5. de usurp. (41. 3.). — V. anc. L. 30. pr. quib. caus. mai. (4. 6.). — L. 40. 44. §. 3. de usurp. (41. 3.). — L. 6. §. 2. pro emt. (41. 4.).

(h) §. 13. Inst. de usuc. (2. 6.). — Ved. not. (b). — L. 15. §. 1. h. t. (44. 3.). *Venul.* Accessio possessionis fit non solum temporis, quod apud eum fuit, unde is emit, sed et qui ei vendidit, unde tu emisti. Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio proderit, quia coniuncta non est, sicut nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest.

(i) L. 15. §. 1. 2. de div. temp. praes. (44. 3.). — Ved. not. prec.

(k) L. 13. §. 2. de acq. poss. (41. 2.). *Ulp.* Praeterea quaeritur, si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona eius. Et sunt, qui putant, non posse, quia venditionis est resolutio, redhibitio; alii emtorem venditoris accessione usurum, et venditorem

ANNOTAZIONE

La teorica dell'*accessio possessionis*, che troviamo nella legislazione giustinianea nella sua applicazione rispetto al successore universale ha dato motivo ad una questione di grande rilievo, non essendo tra'giureconsulti moderni ancora definito, se, perchè il successore universale si giovi dal possesso del suo antecessore, sia o no necessaria da parte sua l'*apprehensio* delle cose ereditarie. È questa una questione che ha occupato seriamente i civilisti francesi, i quali si sono sforzati a rintracciare la origine della famosa formola: *le mort saisit le vif*, esistente già nelle consuetudini di Parigi, chi nelle leggi de' Franchi, come il *Pardessus;* chi nel lavoro de' giuristi, che l'hanno addiritura inventata in odio alla feudalità, come il *Troplong;* chi nel diritto germanico, ecc. Noi, come è naturale, lasceremo quei valentuomini, e chi li segue, tranquilli nelle loro dotte ed erudite investigazioni, e, se abbiamo ricordato questa controversia, è stato per far rilevare che dopo queste discettazioni si è venuto da alcuni nella convinzione, che, se per diritto moderno l'erede continua incondizionatamente il possesso incominciato dall'antecessore, per diritto romano invece, per aversi quest' effetto, era necessario la presa in possesso da parte dell'erede; ed è tale un convincimento cotesto, che non ci si manderà buona dai civilisti d'averlo messo in dubbio. I romanisti al contrario (almeno quelli, che si trovano faccia a faccia col diritto romano, e non lo riguardano a traverso dei criterii affatto moderni) la pensano diversamente; e tra essi su questo argomento vi è animata controversia sì, che in tre pareri è divisa la moderna scuola, perchè gli antichi non credo se ne siano gran fatto occupati. Alcuni giureconsulti adunque sono di avviso che il caso, se non quello determinato nella formola, *il morto impossessa il vivo*, che può avere maggiore estensione, almeno, come lo disse il *Tiraquello*, che ci pare più definito per la nostra questione: *mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione*, fosse proprio una conseguenza dei principii del diritto romano (l). Altri tutt' all'opposto credono che sia necessaria l'*apprehensio* dell'erede, anche quando il tempo per l'usucapione sia decorso al tempo della *hereditas iacens* (m). Finalmente una terza opinione, conciliando le due prime, afferma non esservi bisogno della presa in possesso dell'erede, se il tempo fosse compiuto prima dall'*aditio hereditatis;* ma se vi resta ancora qualche altro tempo, l'erede prima dell'*apprehensio* non si potrà giovare dell'*accessio possessionis* (n).

A voler essere fedeli coi principii del diritto romano, ci pare essere più conforme al vero la prima delle tre opinioni. Imperocchè è indiscutibile che il principio che regola la universale successione è la trasmissione della personalità del defunto in quella dell'erede, che ne resta investito sì, da mettersi nelle stesse condizioni giuridiche del suo antecessore, in guisa che tra questi e quello vi è una *unitas personarum;* quindi segue che, come nelle altre cose, l'erede continua il possesso dell'antecessore come se da principio avesse egli stesso incominciato a possedere (o). Così si

---

emtoris; quod magis probandum puto.—L. 19. de usur. (41. 3.). — L. 6. §. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.).

(l) Ved. *Vangerow*, §. 322.—*Arndts*, Pand. §.161. — *Ihering*, de poss. hered. Berol. 1842.

(m) *Unterholzner*, Prescr. I. §. 133.

(n) *Puchta*, Pand. §. 156. not. (l).

spiega perchè la mala fede dell'erede non nuoce all' usucapione (p); e ciò non è che sotto altra forma la conferma della regola: non ostare all'usucapione la *mala fides superveniens.* Anzi illogico ci sembrerebbe il contrario; se fosse veramente necessaria la presa in possesso da parte dell'erede, il che tradotto in altre parole, equivarebbe a questo: se fosse necessario che l'erede acquistasse egli prima il possesso, e quindi congiunga al *proprio* quello dell'antecessore, non ci sapremmo sufficientemente spiegare, perchè non debba nuocere la mala fede dell'erede; imperocchè, non acquistandosi il possesso *solo corpore,* non si potrebbe prescindere dagli elementi subbiettivi dell'acquirente, ciò che realmente avviene per il successore singolare, per cui è indispensabile l'*apprehensio.* Almeno nel diritto giustinianeo è a chiare note consacrato, e Giustiniano parla sempre di continuazione di possesso assolutamente, senza limitazione..... « Ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, » quam in re habuit, *non interrumpatur* ex posteriore forsitan alienae rei scientia » licet ex titulo lucrativo ea coepta est (q) ». Nelle Pandette non è meno chiaramente detto nella legge 31. §. 5. De usurp. « Vacuum tempus, quod *ante aditam hereditatem, vel post aditam* intercessit, ad usucapionem heredi procedit ». L'unica limitazione richiesta, se pure si potesse chiamare limitazione, è, che tra il possesso dell'erede e quello del defunto non vi sia una presa in possesso da parte del terzo (r).

La seconda opinione è del tutto erronea, e a volere da quella tirare una rigorosa conseguenza, si direbbe che, se dopo compiuta l'usucapione durante la *hereditas iacens,* un altro s'impossessi della cosa prima dell'adizione della eredità, questo fatto impedirebbe la efficacia di quella usucapione già compiuta durante l'eredità giacente. Tuttociò è contrario alle leggi; infatti Pomponio nella legge 6. §. 2. *pro emt.* così si esprime: « Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, » quod defuisset ad usucapionem, *quamvis cum hominem heres possidere non coepisset,* fiet tamen eius; sed ita hoc, si nemo eum possedisset (s) ».

I testi che *Unterholzner* allega in sostegno della sua opinione è la L. 13. §. 4. *de acquir. possess.*, e la L. 30. §. 5. *eod.* La prima così si esprime: « Quaesitum est, » si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat? Et quidem in » emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, » quoniam plenius est ius successionis, quam emtionis; sed subtilius est, quod in » emtorem, et in heredem id quoque probari ». Indipendentemente del modo incerto come Ulpiano afferma la interruzione del possesso, è da fare attenzione alle leggi delle Pandette che parlano dell'*accessio possessionis;* poichè era questa una teoria che al tempo aureo della romana giureprudenza era applicata all'*interdictum utrubi*, nel quale colui vinceva, che avesse posseduto la maggior parte dell' anno con facoltà di congiungere al proprio il possesso dell'antecessore; alcuni frammenti, che s' incontrano nelle Pandette, a giudizio di quasi tutti i giuristi moderni,

---

(o) L. 30. pr. ex quib. caus. (4. 6.). — *Paul*..... ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint; *quia possessio defuncti quasi iuncta dependit ad heredem*, et plerumque non dum hereditate adita completur.

(p) §. 12. Inst. de usucap. (2. 6.). — Ved. not. (e).

(q) L. un. C. de usuc. transf. (7. 31.). — Ved. not. (e).

(r) L. 20. de usurp. *Iavol.* Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est. — L. 6. §. 2. pro emt. (41. 4.).

(s) Ved. L. 31. §. 4. de usurp. sopra riportata.

sono relativi all'*interdictum* anzidetto; la loro accettazione è giustificata, in quanto che i principii dell'*accessio temporis* in gran parte furono adattati all'usucapione; ma segnatamente i §§. 1. 4. 5. della legge 13. cit. ed il §. 3. della L. 14. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.), sono esclusivamente relativi all'*interdictum utrubi;* altrimenti o non ci darebbero alcun significato, o uno molto problematico. Ora il testo trascritto allegato da *Unterholzner* è appunto uno di quelli, ed infatti ci darebbe un significato poco in armonia col principio determinato da Giustiniano nel §. 12. *Inst.* riportato nella nota (c), in cui nel caso dell'erede universale si parla di continuazione di possesso, e nella legge frammento di Paolo. L. 31. §. 4. in cui per lo stesso caso si parla di *tempus vacuum*, mentre non sapremmo vedere in che consista in questo caso una interruzione di possesso; mentre relativamente all' *interdictum utrubi* è chiaro abbastanza, quando si considera l'indole dell'interdetto *utrubi*, ch'è *retinendae possessionis*.

Non è affatto strana la interpretazione de' Glossatori, i quali certamente non eran preoccupati da questa questione; essi intendevano quel §. della legge 13. in questo senso: la questione che si propone Ulpiano è, se l'erede non possedesse per il primo, ossia se prima di lui un altro si fosse messo in possesso della cosa posseduta dall'antecessore, potrebbe egli giovarsi del possesso del defunto? Ora in questo senso è spiegabile tutto ciò che segue, ed è ancora spiegabile la interruzione del possesso, perchè un altro se n'era impossessato (t).

La legge 45. §. 1. non è allegata con maggiore felicità, anzi è del tutto fuori proposito; imperocchè Papiniano, supponendo il caso in cui il servo dopo la morte del padrone avesse preso possesso di alcuna cosa, soggiunge: *Quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?* Mentre per noi il caso era l'inverso, cioè se il defunto avesse incominciato a possedere; il responso di Papiniano difficilmente sarebbe stato in questa supposizione secondo l'opinione di *Unterholzner*.

La opinione conciliante del *Puchta* non mena ad un migliore risultato, la L. 30. §. 5. *de acquir. poss.*, che pare sia l'unico sostegno di quella opinione, è concepita in questi termini: « Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Sed quod pro emtore possideo, per colonum usucapiet etiam heres meus ». Questo frammento è in opposizione manifesta con il frammento 31. §. 5. *de usurp.*, riportato innanzi; e si noti, che sì l'uno che l'altro sono di Paolo e tratti dalla medesima opera *ad Sabinum*. Però nel frammento or ora riportato va notata una circostanza, che non è nell'altro, e che ci mena in un altro ordine d'idee.

Nella L. 30. si suppone un antecessore, che possedendo per mezzo del colono, morendo, il possesso è trasmesso al successore universale, mentre nell'altra è lo stesso antecessore che possiede. Questa circostanza diversa, ci mena alle regole dell'acquisto del possesso per via di rappresentante. È inutile ricordare che oltre degli elementi subbiettivi ed obbiettivi del *dominus* e del rappresentante, v'ha bisogno di un certo vincolo giuridico tra l'uno e l'altro; però, quando tale vincolo non è in nessun modo determinato relativamente al possesso, esso, anche in altro modo esistente non è sufficiente per stabilire il possesso per rappresentante: così possiamo allegare ad esempio proprio la L. 30. §. 5., in questione. Il locatore, che ha il possesso giuridico della cosa locata, muore, con l'*aditio haereditatis* è trasmesso all'erede il vincolo obbligatorio, ma non il possesso; perchè egli lo acquistasse vi bisogna da parte sua un atto, per mezzo del quale ripristinasse quel rapporto giuridico tra lui ed il colono, il quale addivenga suo rappresentante; se non ci fosse questa circostanza e l'antecessore avesse posseduto non per mezzo del colono, non vi sarebbe stato bisogno di un acquisto, non essendovi rapporto giuridico da determinare con terze persone (u). In conchiusione il diritto romano non riconosce la necessità dell'*apprehensio* dell'erede per giovarsi del tempo dell'antecessore, se non nel caso or ora riportato, cioè nella trasmissione di un possesso, che dall'antecessore si avea per via di rappresentante, e ciò per le regole sull' acquisto del possesso per procuratore, e non generalmente come voleva il *Puchta;* in tutto il resto il successore universale con l'*aditio haereditatis* continua il possesso del defunto.

(t) Ved. Glos. ad leg. 13. §. 4. de acq. poss.

§. 169.

2) Interruzione della usucapione.

Winkler. de interruptione usucapionis et praescriptionis, Lips. 1893.

L' usucapione è interrotta naturalmente con la perdita del possesso (*usurpatio*), e però le regole della perdita del possesso sono applicabili a questa teoria (§. 153.) (a), se il possesso si acquista nuovamente comincia una novella usucapione, per la quale non possono valere le condizioni del primo possesso (b).

Il produrre un' azione di proprietà contro colui che possiede non interrompe l' usucapione; ma certamente questo non gli giova se viene condannato, poichè qualora compia l' usucapione dopo la *litis contestatio*, riconosciuto ch' è il diritto del suo avversario, egli sarà obbligato alla restituzione dell' oggetto (§. 92. pag. 391.). Quanto alla protesta, valendo essa come una *litis contestatio,* non può avere importanza maggiore di questa (c).

(u) *Savigny*, possesso §. 26.

(a) L. 2. de usurp.: *Paul.* Usurpatio est usucapionis interruptio; oratores autem usurpationem frequentem usum vocant. — L. 5. eod. *Gai.* Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit necne, ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.

(b) L. 15. §. 2. de usurp. (41. 3.). *Paul.* Si quis bona fide possidens, ante usucapionem amissa possessione, cognoverit, esse rem alienam, et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est. — L. 7. §. 4. pro emt. (41. 4.).

(c) L. 2. §. 1. C. de ann. exc. (7. 40.). *Iustinian.* . . . . . Sin autem abfuerit vel praeses, vel episcopus, vel defensor, liceat ei proponere publice ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habet, cum trium testium subscriptione; et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta, vel quadraginta annorum sit.

Si badi per altro a non confondere l' interruzione dell' usucapione con la sospensione (*praescriptio quiescens s. dormiens*), la quale avviene nei seguenti casi:

1) quando l' oggetto viene nelle mani di una persona, la quale in rapporto alla usucapione è una persona privilegiata (§. 166.);

2) qualora la cosa acquisti tale qualità che la sottragga all' usucapione (§. 166.), eccetto quando il *vitium rei* va congiunto con una interruzione di usucapione p. e. quando una cosa addiviene *furtiva* o *vi possessa;*

3) qualora l'azione dell'attore incontri un *impedimentum iuris*, come ad esempio fino a quando i materiali stanno nell'edificio dell' altro: come ancora pei tre mesi che l'erede, il quale accettò l'eredità col beneficio dell' inventario, ha per compilare quest' inventario (d).

§. 170.

B. Dell' usucapione straordinaria.

Pohl, de origine atque fatis praescript. longiss. temp. usque ad Inst. L. 1779.—*Koch*, de praescr. longiss. temp.

L' usucapione straordinaria si compie con un possesso civile non interrotto di 30, ed alcune volte di 40 anni.

Si richiede solamente che il possesso avesse cominciato con buona fede; però il possessore in questa circostanza non ha bisogno di provare, come nella usucapione ordinaria, il giusto titolo, e per conseguenza anche la buona fede (a).

(d) L. 22. §. 11. C. de iur. delib. (6. 30.).

(a) L. 8. pr. §. 1. C. de praescript. XXX. vel XL. an. (7. 39.). *Iustinian.* Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat. Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor triginta vel quadraginta annorum, ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est.

Sono sottoposte all' usucapione straordinaria le cose sottratte dall' ordinaria, eccetto le cose *extra commercium*, e quelle che non si possono rivendicare, perchè osta un impedimento legale, come le cose dotali, i *tigna aedibus alienis iuncta*, e le cose pertinenti al peculio avventizio regolare.

L' usucapione straordinaria comincia a decorrere non appena è nata l' azione rivendicatoria il che è diverso dall' ordinaria; così se il possesso viene acquistato per mezzo di procuratore, per decorrere il tempo dell' usucapione ordinaria si vuole la conoscenza del principale possessore, ma per la straordinaria è sufficiente senz' altro che il procuratore abbia preso il possesso.

Alcune cose non soggiacciono che alla prescrizione di 40 anni; come i beni delle chiese e dei corpi pii, i beni patrimoniali del principe, e quelle cose sulle quali fu cominciato il processo e poscia abbandonato (§. 87.).

B. Acquisto derivato.

§. 171.

Della tradizione.

Per trasmettere la proprietà ad altri con atto tra vivi, non è sufficiente, secondo i principii del diritto romano, la mutua dichiarazione di volontà di colui che trasferisce e dell' acquirente; ma bisogna alla convenzione far seguire la tradizione del possesso; onde è chiaro la proprietà non si acquista col semplice contratto.

Affinchè si possa efficacemente trasferire la proprietà per tradizione, si richiede che:

1) il tradente sia vero proprietario dell' oggetto che vuol trasferire, ovvero ne sia legalmente incaricato dal proprietario (a), sia per mezzo di un atto come il procuratore, o per autorizzazione legale come il tutore o curatore; o sia il giudice nelle esecuzioni giudiziali o finalmente il fisco, in quanto può trasmettere una cosa altrui, non avendo il proprietario che una semplice azione personale (b).

(a) L. 9. §. 4. L. 46. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Gai.* Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo, qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et si ex negotiis rem vendiderit et tradidit, facit eam accipientis.— pr. §. 1. Inst. quib. alien. (2. 8.).— §. 42. 43. Inst. de div. rer. (2. 1.).

(b) L. 15. de re iudic. (42. 1.). — L. 2. C. de quatr. praescript. (7. 37.).

2) Che il proprietario abbia la facoltà di disporre.

3) L'acquirente bisogna che abbia egli stesso il possesso, ovvero che lo conseguisca per mezzo del procuratore, e specialmente con la volontà del proprietario trasferente, o di colui che trasferisce l' oggetto in nome del proprietario (c) (§. 152.). Se l' acquirente avesse avuto fino al momento dell' acquisto il possesso sull' oggetto, egli non attende altro che gli si dia il diritto di proprietà (*traditio brevi manu*) (d); se invece l' oggetto è nelle mani di un terzo, il proprietario potrà concedere all' acquirente la facoltà di procurarsene egli stesso il possesso, cedendogli le azioni di proprietà, ed in questo caso la proprietà è acquistata quando veramente ha conseguito il possesso (e).

4) Il conseguimento del possesso dev' essere accompagnato dalla intenzione del tradente di trasmettere il diritto di proprietà, e dell' acquirente di acquistare la proprietà (f). A questo proposito è ancora da osservare che la volontà di entrambi debba essere diretta all' oggetto che si trasferisce (g).

5) Alla volontà di trasferire il diritto di proprietà va congiunto un atto che forma la *causa traditionis*, come una donazione, l' adempimento di una obbligazione, ovvero l'intenzione di fondare una obbligazione (h): per la qual cosa la proprietà di un oggetto non può essere trasferita in quelle circostanze in cui una di quelle cause di tradizione incontra un ostacolo legale, e perciò bisogna che la causa *traditionis* sia *iusta* (i).

(c) L. 5. 33. de poss. (41. 2.). *Paul.* Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es. Aeque si vendidero, nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emtore possides, sed praedo es.

(d) §. 44. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 46. de rei vind. (6. 1.). ved. §. 151. not.

(e) L. 21. 47. de rei vind. (6. 1.). *Paul.* Haec, si res praesens sit; si absens, tunc, quum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate auctoris. Et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri. — L. 13. C. de distr. pign. (8. 27.).

(f) §. 40. de div. rer. (2. 1.). — L. 9. §. 3. de acq. rer. dom. (41. 1.). — L. 55. de O. et A. (44. 7.). *Iavol.* In omnibus rebus, quae dominium transferuntur, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

(g) L. 2. §. 6. pro emtor (41. 4.). *Paul.* Quum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus ait, usu me eum non capturum, quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest.

(h) L. 63. §. 4. ad SC. Trebell. (36. 1.).—§. 41. Inst. de rer. div. (2. 1.). Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

(i) L. 5. §. 18. L. 36. pr. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.). *Ulp.* In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut si quidem extet res, vindicetur, si consumta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum

L'effetto giuridico della tradizione non viene però impedito quando si operi dolosamente la consegna; ovvero quando i due contraenti avevano in mente una diversa convenzione tendente però entrambe a trasmettere la proprietà; ovvero quando il tradente perde la proprietà, ma può ripeterla mediante un' azione personale.

6) La volontà del proprietario a trasmettere la sua proprietà può esser data condizionatamente, sicchè l'acquirente acquisterà definitivamente il diritto di proprietà avvenuta la condizione secondo le regole stabilite (§. 52.). Nella tradizione per vendita, secondo una disposizione di legge, è sottintesa la condizione esser nulla la vendita, se il compratore non paghi o non ne assicuri efficacemente il prezzo stabilito (k).

ANNOTAZIONE

L'errore nella tradizione allora solamente impedisce il trasferimento della proprietà, quando riguarda l'*animus dominii transferendi* o *acquirendi*: così quando vi è errore sulla identità dell'oggetto (l), o sullo stesso diritto di proprietà, come se un mandatario trasmetta per mandato la cosa propria, credendola del suo mandante, l'alienazione per tradizione in questo caso non ha effetto: *nemo errans rem suam amittit* (m).

Quest'ultimo principio di una chiarezza incontrastabile pare che fosse in contraddizione con la L. 49. *mandati* (17. 1.), la quale insegna: « Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, *neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam* ». L'interpretazione comune mena a negare la regola generale, ammettendo che in questo caso l'errore non fa ostacolo al trasferimento del diritto di proprietà, e che solamente allora la tradizione dovrebbe essere inefficace, quando vi è un errore *in corpore*, ossia nel caso, secondo essi, della legge 35. cit., che suppone avere il procuratore confuso due diversi obbietti e trasferito il suo invece di quello del mandante (n).

---

factus est. L. 6. *Gai.* quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut iniusta causa retinere intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet. — L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.).—*Ulp.* XIX. 7.

(k) L. §. 41. Inst. de div. rer. (2. 1.). — L. 19. 53. de contr. (18. 1.). *Pompon.* Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

(l) L. 34. pr. de acqu. poss. (41. 2.). — L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4.). *Paul.* Quum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus ait, usu me eum non capturum, quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest. Sed si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

(m) L. 35. de acq. rer. dom. (41. 1.). *Ulp.* Si procurator meus , vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.—Confr. L. 3. §. 8. de condict. caus. dat. caus. non secuta (12. 4.). — L. 15. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

(n) *Thibaut*, Saggi II. p.118.—*Savigny*, Sist. III. pag. 355. not. 6.—*Glück*, VIII. pag. 112.

Quest'interpretazione dà un risultato probabile, ma bisogna convenire che nella legge 35. dovrebbe supporsi qualche cosa, che non pare vi fosse: e solo, non essendo possibile altra via per conciliare due passi, sarebbe da accettare la comune opinione. È possibile nondimeno un'altra interpretazione senza mettervi nessun presupposto. Nel frammento 49. *mand.* si esamina il caso, che il mandatario vende una cosa propria, che crede del suo mandante, e si determina solo, che il mandatario, indipendentemente dall'errore, è legato da un simile contratto; egli non potrà rivendicare l'oggetto medesimo, perchè naturalmente incontra l'*exceptio rei venditae et traditae*. Per la qual cosa Marcello in questo passo non dice che dal procuratore si perde il diritto di proprietà, ma afferma solamente che a causa di un contratto per lui obbligatorio (il contratto di vendita) non sia efficace la *rei vindicatio*. Al contrario nella legge 35. non si fa parola di un simile contratto per lui obbligatorio, ma solamente di una fatta tradizione, come quando lo stesso proprietario avesse conchiuso il contratto di vendita, e la tradizione fosse stata fatta dal mandatario; in questo caso la rivendicazione dell'oggetto può avere tutto il suo valore, non potendosi temere una *exceptio rei venditae et traditae* (o).

Se l'errore cade sull'atto giuridico, dal quale dipende la tradizione, questa sarà inefficace, quando il tradente o l'acquirente hanno in mente un atto, pel quale non possa acquistarsi la proprietà, p. e. uno ha in mente una donazione, l'altro un comodato. Se al contrario entrambi hanno in mente due atti differenti, ma che tutti e due valgono a trasmettere ed acquistare la proprietà, la tradizione avrà effetto, quantunque entrambi fossero erronei, giusto perchè da entrambe le parti vi è l'*animus dominii transferendi et acquirendi;* si comprende per altro che in questo caso si può ottenere la restituzione dell'oggetto per mezzo di una *condictio sine causa*. A questo proposito così si esprime Giuliano nella legge 36. *de acq. rer. dom.*: « Nam » et si pecunia numerata tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipies, » constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam » dandi atque accipiendi dissensimus ». A questa legge pare che contraddica la L. 18. *de reb. cred.* (12. 1.), nella quale Ulpiano così si esprime: « Si ego pecuniam » tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuas accipies, Iulianus scribit, donationem » non esse sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque numos » accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet » condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum volunta» tem dantis numi sunt consumti ». Fino ad oggi qualunque tentativo per concordare questi due passi è stato poco soddisfacente. Bisogna convenire con molti antichi e moderni giuristi, che questo caso fosse controverso presso gli antichi Romani (p). È ammesso generalmente che la legge di Giuliano sarebbe da ritenersi in presenza, non perchè fosse stata una svista de' compilatori di accettare nelle Pandette il frammento di Ulpiano, ma perchè la legge 36. cit. tratta *in terminis* di questo caso, e fu messa appositamente nel titolo *de acquirendo dominio;* mentre la legge 18. di Ulpiano esamina più da vicino la questione sulla esistenza della donazione e del mutuo (q).

(o) Ved. *Donell.* com. iur. civ. IV. c. 16. §. 6.—*Giphan*, lect. Altdorph. ad leg. 35. cit. — *Mühlenbruch*, cessione pag. 130. — *Puchta*, recitazioni I. pag. 446.

(p) *Cujac.* ad leg. 18. cit. VII. p. 674.—*Branchu*, observ. dec. obs. XIX. p. 162.—*Puchta*, recitazioni, pag. 447.—*Heimbach*, teoria de' frutti, pag. 126.

(q) *Vinnii*, select. quaest. II. 35.—*Averanii*, interpr. I. 17.—*d'Orville*, ad Leg. 36. de acqu.

III. Mezzi per tutelare la proprietà.

§. 172.

A. Della rei vindicatio.

T. D. de rei vindicationis (6. 1.). — C. h. t. (3. 32.).

I. La *rei vindicatio* è un' azione nascente dal diritto di proprietà, mercè cui il proprietario chiede la cosa propria da qualunque terzo possessore. E però quest' azione spetta al proprietario che non ha più il possesso della cosa contro il non proprietario possessore, possegga questi in nome proprio, o in nome altrui (a).

1) Non fa ostacolo all' azione essere la proprietà revocabile o irrevocabile , piena o meno piena ; l' esercizio non è sospeso quando lo stesso diritto di proprietà dev' essere considerato come sospeso per qualche tempo (b).

L'azione può essere mossa contro ogni possessore; pure colui il quale possiede in nome altrui può liberarsene, nominando colui nel cui nome possiede (*nominatio, laudatio auctoris*) (1) (c). In alcuni casi l' azione può essere mossa anche contro chi non possiede, come contro colui il quale *dolo malo* si offre alla lite (*qui dolo malo liti se obtulit*), contro

---

rer. dom. et Leg. 18. de R. C. in thes.— *Oelrich*, vol. I. p. III. n.° 27. — *Teisterbants*, observ. et ement. c. 7. pag. 59.—*Regenbrech*, comm. ad Leg. 36. de acq. rer. dom. et Leg. 18. de R. C. Berol. 1820.—*Savigny*, Sist. IV. p. 158.—*Glück*, IV. p. 153.—*Vangerow*, I. §. 311.

(a) L. 23. de rei vind. (6. 1.): *Paul.* In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium acquisivit.—L. 9. eod. (6. 1.). *Ulp.* Officium autem iudicis in hac actione hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat; ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse. — L. 1. §. 6. uti poss. (43. 17.).

(b) Ved. L. 1. §. 2. C. de ann. except. (7. 40.).

(c) L. 2. C. ubi in rem. actio (3. 19.). *Constant.* Si quis, alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a iudice definiendo, eoque ad definitionem eius perducendo, vel ipse in loca, in quibus praedium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat.

colui che dolosamente abbandona il possesso per rendere più difficile la condizione del proprietario (*qui dolo malo possidere desiit*) (d).

2) È obbietto dell' azione una cosa corporale determinata, ovvero una sua parte intellettuale, e, se si tratta di fondi, anche una parte materiale (*locus regionibus divisis*); ovvero ancora una *universitas rerum*, come una gregge (e). Se si volesse rivendicare una cosa che è unita con un' altra, la *rei vindicatio* dev' essere preceduta da altra azione diretta alla divisione (*actio ad exhibendum*) (f).

L' azione è diretta non solo alla cosa principale, ma ancora ad ogni accessorio. In rapporto ai frutti il possessore di buona fede deve restituire i frutti separati prima della *litis contestatio*, purchè *exstantes* e non consumati; dopo la contestazione della lite è obbligato alla restituzione dei frutti consumati, e ancora di quelli non percepiti per sua negligenza, salvo il diritto dei terzi; il possessore di mala fede è obbligato e prima e dopo la contestazione della lite alla restituzione di ogni specie di frutti, ossia anche di che quelli il proprietario avrebbe percepiti se fosse stato nel possesso del suo fondo (g).

La restituzione dell'oggetto reclamato deve eseguirsi immediatamente dopo la sentenza che afferma il diritto dell' attore, purchè il giudice non abbia stabilito un tempo più o meno lungo, e deve farsi nel luogo stesso; pure le cose mobili ad istanza dell'attore si possono domandare anche altrove, rimborsando le spese del trasporto, ovvero senza rimborso, quando il convenuto dolosamente le trasportò altrove (h).

(d) L. 25-27. pr. §. 3. L. 36. pr. h. t.—conf. L. 13. §. 13. L. 25. §. 8. L. 45. de her. pet. (5. 3.). *Iavolen.* Qui liti se obtulit, quum rem non possideret, condemnatur : nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. — L. 131. 157. §. 1. de reg. iur. (50. 17.). *Paul.* Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.

(e) L. 1. §. 1. 3. L. 3. §. 2. L. 4. pr. L. 5. pr. L. 6. L. 8. L. 76. §. 1. h. t. *Ulp.* L. 1. §. 3. Per hanc autem actionem non solum singulae res vendicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vigesimo quinto scribit. Idem et de armento, et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim, non singula corpora vindicabuntur.—L. 6. *Paul.* Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam, an partem, et quotam petat; appellatio enim rei non genus sed speciem significat.

(f) L. 23. §. 5. h. t. — L. 6. ad exhib. (10. 4.). *Paul.* Gemma incinsa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest.

(g) L. 33. 35. 62. h. t. — §. 35. de rer. div. (2 1.). — L. 22. C. h. t. — ved. §. 38. not. (g) e (h).

(h) §. 2. Inst. de off. iud. (4. 17.). — L. 10-12. h. t. *Paul.* Si res mobilis petita sit, ubi restitui debet, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si bonaefidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur; sed sumtibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel navigationem faciendi sunt. L. 11. *Ulp.* nisi si malit petitor suis impensis et periculo ibi, ubi iudicatur, rem restitui; tunc enim de restitutione cum satisdatione cavebitur.

L' azione rivendicatoria dev' essere diretta sempre a reclamare l'oggetto stesso, non il surrogato; s' intende che potrà rivendicarsi il denaro, non ciò che con quel denaro fu comprato. Ma per alcune persone è data dalla legge la facoltà di produrre quest' *utilis rei vindicatio* così:

a) ai soldati per l' oggetto comprato col loro danaro (i);

b) a coloro che sono sottoposti a tutela (k):

c) alla moglie per rivendicare l'oggetto comprato col denaro donato al marito, invece di muovere azione personale (l).

Se il convenuto non possa restituire l'obbietto, ovvero se vi è danno, con la medesima azione si può chiedere il risarcimento secondo i seguenti principii:

a) Se la cosa perì interamente anche prima di cominciare la lite, si può pretendere il risarcimento totale del danno dal *fictus possessor*.

b) Nel caso medesimo bisogna distinguere il possessore di buona e quello di mala fede. Il primo non può a nulla essere obbligato prima della contestazione della lite, dopo, sarà responsabile di *omnis culpa* (m). Il possessore di mala fede è responsabile di ogni colpa prima della *litis contestatio*, dopo anche per il caso fortuito, quando la cosa non sarebbe perita presso l'attore, o questi avrebbe avuta occasione di alienarla prima che perisse; il ladro, sarebbe responsabile in ogni caso (n).

Se l' attore invece della cosa ne ha ricevuto il prezzo (*litis aestimatio*), ciò è da considerarsi come una vendita; eccetto quando il convenuto

---

L. 12. *Paul*. Si vero malae fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumtibus suis. — L. 11. §. 1. ad exhib. (10. 4.).

(i) L. 8. C. h. t. *Philip*. Si, ut proponis, pars diversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, praeses provinciae , utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti, partes aequitatis non negabit. Idem mandati quoque, seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi iurisdictionem praebebit.

(k) L. 2. quando ex fact. tut. (26. 9.). *Ulp*. Si tutor vel curator pecunia eius , cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit, vel praedium in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam. L. 3. C. de arb. tut. (5. 51.).

(l) L. 55. de donat. inter. vir. et uxor. (24. 1.).

(m) L. 31. §. 3. L. 40. de her. pet. (5. 3.). — L. 45. h. t. *Ulp*. Si homo sit , qui post conventionem restituitur, si quidem a bonaefidei possessore , puto cavendum esse de dolo solo; debere etiam ceteros de culpa sua, inter quos erit et bonaefidei possessor post litem contestatam.

(n) L. 13. 15. §. 3. L. 45. h. t. *Ulp*. Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non est praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari ; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esse lucratus. — L. 7. §. 2. L. 8. pr. §. 1. de cond. furt. (13. 1.). — *Ulp*. . . . . . semper enim moram fur facere videtur. — L. 30. §. 1. de iur. (12. 2.). — L. 13. pr. de hered. pet. (5. 3.).

sia condannato *quia liti se obtulit*, o *dolo malo possidere desiit*, poichè in questo caso rimane all' attore sempre la *rei vindicatio* contro il terzo possessore (o); pure se egli per qualunque altra via ebbe l'oggetto prima della condanna del convenuto, cessa la facoltà di chiederne il prezzo (p).

3) Circa alla pruova l' attore deve chiaramente provare il suo diritto di proprietà; onde se l' acquisto fu originario, gli basta provare la causa dell' acquisto come l' occupazione, l' accessione, la specificazione, l' usucapione; se poi il suo acquisto è derivato, il solo titolo non basta sempre a provare la sua proprietà; bisogna spesso che provi il diritto di proprietà del suo *auctor*, e secondo le circostanze dell' antecessore di quest'ultimo, finchè non giunge a provare coi suoi antecessori di esser stato l' oggetto posseduto pel tempo necessario alla usucapione (q).

Oltracciò l' attore deve provare il possesso del reo convenuto, anzi può interpellare il convenuto stesso se possegga: e qualora questi falsamente neghi, e sia convinto di dolo dall'attore, perde il possesso, e l'altro è dispensato dal provare il suo diritto di proprietà (r).

II. Da parte del convenuto possono esservi ragioni che o modificano la domanda dell' attore, o l' annullano affatto: esse prendono la forma di eccezioni. Ogni possessore, eccetto il ladro, può aver diritto d' essere risarcito delle spese fatte, secondo leregole generali stabilite su ciò. (§. 37.).

1) Il convenuto però non ha diritto di essere rivaluto dall'attore del prezzo, col quale comprò l'oggetto rivendicato (s); generalmente a lui non compete che l' azione per l' evizione contro il suo *auctor*; eccetto se il prezzo si versò a vantaggio dell' attore (t).

(o) L. 1. 3. pro emt (41. 4.). *Gai.* Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.—L. 3. *Ulp.* Litis aestimatio similis est emtioni —L. 7. 46. 47. 69. 70. h. t. *Paul.* Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur, sicut Pedius ait. — L. 13. §. 14. de hered. pet. (5. 3.).

(p) L. 13. §. 14. cit. (5. 3.). — L. 95. §. 9. de solut. (46. 3.). *Papinian.* Dolo fecisti, quo minus possideres, quod ex hereditate ad alium pertinente apprehenderas; si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitori interest; ceterum si tu ante conventus ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit.

(q) L. 20. de acq. rer. dom. (41. 1.).

(r) L. 36. pr. 80. h. t. *Furius Anthian.* In rem actionem pati non compellimur, quia licet alieni dicere, se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem, licet suam esse non approbaverit.—conf. L. 27. §. 1. eod.

(s) L. 3. 23. C. h. t. *Dioclet.* et *Maxim.* Si mancipium tuum per vim, vel per furtum ablatum, alii ex nulla iusta causa distraxerunt, vindicanti tibi dominium solvendi pretii nulla necessitas irrogetur.

(t) L. 14. 16. C. de praed. min. (5. 71.). *Dioclet.* et *Maxim*, ... Emtor autem, si probare potuerit ex ceteris facultatibus obedire te muneribus, sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati praedii servare tandummodo potest.

2) Una più importante eccezione può competere al convenuto, ed è l' *exceptio rei venditae et traditae*, ovvero *donatae et traditae* e simili: da molti genericamente addimandata *exceptio doli*. Quest' eccezione non bisogna cambiarla con l' *exceptio dominii*, la quale consiste o in una vera *litis contestatio negativa*, quando il convenuto nega recisamente il diritto di proprietà dell' attore, e afferma di avere acquistata la cosa da altro; ovvero consiste nell' estinzione del diritto di proprietà dell' attore, provando il convenuto che il diritto di proprietà sia stato a lui trasferito.

L' *exceptio rei venditae et traditae* invece è una vera eccezione, per mezzo della quale il convenuto senz' impugnare il diritto di proprietà dell' attore, per motivi di equità si suppone che egli non faccia uso della sua azione, sia perchè contrasse con lui un valido negozio diretto a trasmettere la proprietà, che per diritto rigoroso non poteva essere trasmessa, e quindi non può insorgere contro il fatto proprio, sia perchè deve l'attore riconoscere un'alienazione fatta da un altro.

I casi in che è data quest' eccezione sono:

a) Quando un non proprietario aliena una cosa, e poscia ne addiviene veramente proprietario. Non perciò l' acquirente convalida il suo acquisto, ma per motivo di equità può distruggere l' azione dell' attore che nasce dal diritto rigoroso (u); o quando il proprietario sia poscia divenuto erede del venditore (v).

b) Quando un vero proprietario ha venduto e trasmesso un oggetto sotto una condizione sospensiva, *pendente conditione* egli è ancora proprietario; pure la sua azione rivendicatoria può essere invalidata per mezzo della suddetta eccezione (x).

c) Quando l' attore in qualità di creditore pignoratario abbia fatta la vendita di una cosa, ignorando affatto i suoi diritti di proprietà, l' azione che produce di poi è annullata da questa eccezione, o quando taluno per mandato di un altro abbia alienato una cosa, che ignorava di esser sua (y).

d) Quando il proprietario attore abbia contratto col convenuto affine di trasmettere la proprietà, senza aver fatta tradizione; e l' oggetto per

(u) L. 1. pr. L. 2. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). *Ulp.* Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum.—L. 72. h. t.—L. 17. de evict. (21. 2.). — L. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44. 4.). — L. 14. C. h. t. (3. 32.).

(v) L. 1. §. 1. de exc. rei vend. et trad. (21. 3.). *Ulp.* Sed si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum. — L. 73. de evict. (21. 2.). — L. 14. C. de evict. (8. 45.).

(x) L. 8. cond. caus. dat. (12. 4.). — L. 7. §. 3. de iur. dot. (23. 3.).

(y) L. 10. de dist. pign. (20. 5.). *Paul.* Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest; tamen non est audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem movere. — L. 49. mandati (17. 1.).

altra via, ma *sine vitio*, sia venuto nelle mani del convenuto; l' eccezione *rei venditae* vale pienamente (z).

e) Quando nell' atto di vendita alcuno vi entrò mallevadore pel caso di evizione; se egli stesso voglia rivendicare l' oggetto, gli s' opporrebbe quest' eccezione (aa).

f) Finalmente l' *exceptio rei venditae* è anche data quando l' azione rivendicatoria è prodotta da colui, per cui mandato fu alienato l' oggetto (bb).

L' *exceptio rei venditae et traditae* si trasmette non solo a favore e contro del successore universale, ma del particolare ancora (cc). Essa non è valida quando l'atto giuridico, sul quale si fonda, per un qualunque motivo legale non è obbligatorio per l' attore (dd).

3) Ancora l' eccezione del convenuto può venire da un diritto reale ch'egli abbia sulla cosa dell'attore, come un diritto di pegno, di usufrutto o simigliante.

ANNOTAZIONI

(1) L' azione rivendicatoria, come si è veduto, può essere prodotta contro ogni terzo possessore, qualunque ne fosse il possesso; non è quindi necessario che il possessore sia civile. Per ordine di Costantino il possessore naturale di uno stabile ha insieme diritto ed obbligo di nominare colui, nel cui nome possiede, *laudatio auctoris* (ee); l'obbligo è verso l'*auctor*, in quanto che il convenuto si rende responsabile, se senza la *nominatio auctoris* sostiene da sè solo la lite; rispetto all'attore la *laudatio auctoris* è piuttosto un beneficio legale; giacchè, essendo il convenuto l'effettivo possessore, l'attore ha tutto il diritto di muovere contro lui la rivendicazione senza essere obbligato a ricercare se possegga nel proprio nome o nell'altrui.

(z) L. 1. §. 5. de excep. rei vend. (21. 3.). *Ulp.* Si quis rem emerit , non antem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor iustam causam habeat, cur rem vindicet; nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.

(aa) L. 11. C. de evict. (8. 45.). *Alexand.* Exceptione doli recte eum submovebis , qnem ab auctore tuo fideiussorem accepisti; si eius nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit, qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit.

(bb) L. 1. §. 2. de excep. rei vend. (21. 3.). *Ulp.* Si qnis rem meam mandato meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio , nisi probetur, me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur. — L. 49. fin. mand. (17. 1.).

(cc) L. 3. de except. rei ven. (21. 3.). — *Hermog.* Exceptio rei venditae et traditae, non tantum ei, cuius res tradita est, sed successoribus etiam eius, et emtori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit; interest enim emtoris primi, secundo rem non evinci. §. 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sive in eam duntaxat rem successerint. — L. 72. b. t. — L. 4. §. 32. de doli mali excep. (44. 4.).

(dd) L. 1. §. 5. de except. rei vend. (21. 3.). — ved. not. (z).—confr. L. 1. §. 2. 3. eod.— L. 32. §. 2. ad SC. Velleian (16. 1.).

(ee) V. *Lauterbach*, de nomin auct. in dirsert. accadem. III. diss. 106.

Una certa differenza di opinioni, che mena naturalmente a diverse conseguenze, è nata dall' aver voluto in ciò riconoscere un obbligo del detentore rispetto all'attore. Nel caso che il possessore naturale usasse del diritto di nominare il suo autore, senza contesa sarà questi obbligato a prendere sopra di sè la lite: quindi se l' *auctor* si fa avanti, prenderà il posto del detentore; se è contumace, il detentore sarà obbligato alla restituzione dell' oggetto, e l'*auctor* può aiutarsi col produrre a sua volta una *rei vindicatio*. Ma se il detentore non fa uso del suo diritto circa alle conseguenze, tace l' ordinanza di Costantino; coloro, che ammettono l'obbligo del detentore alla *laudatio auctoris* anche rispetto all'attore, affermano, il possessore naturale dover essere considerato come un *fictus possessor*, *qui liti se obtulit*; e per conseguenza dover essere condannato non alla restituzione dell'oggetto, ma al valore dello stesso; di guisa che l'attore non sarebbe impedito di produrre la sua azione contro il vero possessore (civile) per conseguire l'oggetto. Tutta diversa è la conseguenza secondo la nostra dottrina: il possessore naturale, riconosciuto quale giusto convenuto in un giudizio di rivendicazione, dev'essere condannato alla restituzione dell' oggetto *cum omni causa;* ed il possessore civile per conseguire di nuovo l'oggetto, ha facoltà di produrre la rivendicazione, e anche l'azione di danno contro il detentore, che non ha adempito all'obbligo della *nominatio auctoris*.

(2) Se la proprietà è derivata, l'attore nel produrre la rivendicazione deve provare non solo il suo diritto di proprietà, ma ancora quello del suo antecessore, e secondo le occorrenze dell' autore di quest'ultimo. Una antica opinione, già combattuta nel medio evo e riprodotta negli ultimi tempi, nega che l'attore per l'acquisto derivato avesse obbligo di provare la proprietà dell'antecessore; afferma invece sufficiente la pruova del titolo di acquisto. Quest'opinione ha persuaso naturalmente molti giuristi a negare che vi sia in diritto romano un' azione differente dall'*actio Publiciana* (ff).

Fondamento della rivendicazione è il diritto di proprietà, e questo dev'essere l' obbietto della pruova; quando l' acquisto è derivato, non si è trasferito che il diritto che il tradente avea sulla cosa; imperocchè « traditio nihil amplius trasferre » debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis » dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, *si non habuit, ad eum, qui accepit, nihil transfert* » (gg), quindi nasce evidentemente che la proprietà dell'*auctor* entra per essenza nella pruova del diritto. La difficoltà di risalire per una serie infinita di trasmissioni, probabilmente oscurate dal tempo (*probatio diabolica*), è temperata dall' istituto dell' usucapione, e l' attore può cessare dalla prova, quando giunge a stabilirne in suo favore le condizioni necessarie. Oltracciò questa pruova difficilissima può anche cansarsi producendo l' azione Publiciana, per mezzo della quale si rivendica la cosa da colui che non possiede con giusta causa, ovvero producendo gl' interdetti possessorii.

Il *Thibaut* riconosce in generale che anche la proprietà dell' *auctor* entri rigorosamente nelle pruove dell' attore; ma d' altra parte per teoria di equità stabilisce non doversi obbligare l'attore ad una pruova tanto difficile da aver meritato il

---

(ff) *Thibaut*, Arch. di pr. civ. VI. 15.—*Unterholzner*, eod. VII. 13. — De *Falckenstein*, eod. X. 11.—*Schömann*, comp. II. p. 46.—*de Tiegerström*, diritto del possesso §. 4.—*Heimbach*, de dominii probat. ex princ. iur. rom. quam. Saxon. Lips. 1827.

(gg) L. 20. de acq. rer. dom. (41. 1.).

nome di *diabolica*, ed esser sufficiente invece la pruova del giusto titolo di acquisto, il giusto titolo genera poi la presunzione che l'attore sia veramente addivenuto proprietario, e ciò secondo la legge 4. e 12. C. *de prob.* (4. 9.).

La difficoltà che naturalmente osta a questa teorica del *Thibaut* è, che in questo modo non si potrebbe distinguere l'*actio Publiciana* dalla *rei vindicatio;* l'unica differenza che il *Thibaut* giunge a porre fra le due azioni consiste in ciò, che nella rivendicazione il convenuto sarebbe ammesso a provare che uno degli antecessori dell' attore non era proprietario, ciò che non potrebbe nella Publiciana.

I principii da noi stabiliti confutano abbastanza la teoria del *Thibaut*, tanto che anche egli è costretto a confessare essere la nostra opinione conseguenza necessaria e rigorosa. D' altra parte le leggi che stabiliscono una massima sopra un principio di equità, non devono mai rendere difficile la condizione di alcuna parte: in caso contrario l' equità che favorisce l' uno, farebbe ingiustizia all' altro, o almeno quella massima avrebbe sembiante di un privilegio. È appunto questo che avviene per la teoria di equità vagheggiata dal *Thibaut:* per equità si risparmia all' attore di provare il diritto dei suoi antecessori, e questo enorme peso, questa pruova *diabolica* si getta tutto sulle spalle del convenuto, onde per risultato la condizione del convenuto si rende immensamente più difficile di quella dell' attore.

Le leggi del Codice citate dal dotto giurista non trattano punto di questo caso, cioè del contenuto, ma semplicemente de' mezzi della pruova. Però la teoria del *Thibaut* non trovò seguaci, ed egli nel suo sistema, e propriamente nella settima edizione §. 566., e nell' ottava §. 707. la ritrattò.

A via di altri principii *Tiegerström* tenta stabilire la medesima teoria. Chiedere, egli dice, dall'attore la pruova della proprietà dei suoi antecessori è contraddire ad un principio fondamentale del diritto romano: l' ignoranza di questo punto, che l'antecessore non sia il vero proprietario, è sempre una *ignorantia facti alieni*, onde èvvi ad applicare il principio che l' *ignorantia facti alieni non nocet*. Se si volesse accettare simile applicazione di cotesto principio, si dovrebbe venire necessariamente alla conseguenza, che quando l' attore fondasse la sua azione sopra un qualunque fatto non personale sarebbe liberato dall' obbligo della pruova, e il convenuto dovrebbe provare la non esistenza di quel fatto; così l' obbligo della pruova aggraverebbe il convenuto (hh).

§. 173.

B. Della Publiciana in rem actio.

T. D. de Publiciana in rem actione (6. 2.).—*Eckenberg*, de Publiciana in rem actione Lips. 1821.— *Guyet*, de Publiciana in rem actione, Heidelberg. 1823.—*Obrock*, de Public. in rem act. Gott. 1843.

L'azione Publiciana è un'azione reale data per analogia della *rei vindicatio* al possessore di buona fede, che ha perduto il possesso, contro colui *qui inferiore iure possidet,* allo scopo di far riconoscere il suo possesso, e farsi restituire l' oggetto *cum omni causa.* In questa azione si

---

(hh) Ved. *Vangerow*, o. c. I. §. 332.

finge che il possessore abbia compita l'usucapione e quindi sia vero proprietario (a).

Circa all' obbietto, alla facoltà di produrla, e alle conseguenze quest' azione è perfettamente simile alla *rei vindicatio* (b). Una grande differenza vi è in riguardo alle pruove ed alla persona del convenuto.

1) Quanto alla pruova, mentre l'attore nella *rei vindicatio* deve provare il pieno diritto di proprietà, nell' azione publiciana è sufficiente, che provi di aver acquistato l' oggetto con giusta causa.

2) Quanto alla persona del convenuto, mentre la *rei vindicatio* può essere mossa contro ogni terzo possessore, l' *actio publiciana* dev' essere solo contro colui che possiede senza giusto titolo o con titolo peggiore; essa non può essere prodotta contro colui che possiede a titolo migliore, come il proprietario, nè contro colui il quale possiede a titolo eguale.

Generalmente per l' *actio publiciana* valgono le seguenti regole:

a) L' attore deve aver avuto il possesso dell' oggetto, e proprio il possesso con l' animo *rem sibi habendi* (c).

b) L' oggetto non dev' essere sottratto all' usucapione (d).

c) Il possesso deve venire da una *iusta causa possessionis* (e); e qui valgono le medesime regole dell' usucapione per ciò che riguarda il titolo putativo (f).

Solamente nel titolo *pro emtore* l'azione Publiciana ha un certo vantaggio sulla *rei vindicatio*, poichè mentre per l'usucapione, e quindi per la *rei vindicatio* devesi provare di essersi già pagato il prezzo della compra, nell' altra azione questa pruova non è obbligatoria (g).

(a) *Paul.* L. 1. de Public. in rem act. (6. 2.): Ait Praetor; *Si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et non dum usucaptum petet, iudicium dabo.*—§. 4. Inst. de act. (4. 6.). Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emtionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est; si eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam, quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse; quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est. — L. 7. §. 6. h. t.

(b) L. 7. §. 4. 6. 8. h. t. *Ulp.* In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

(c) L. 1. pr. h. t, — ved. not (a).

(d) L. 9. §. 5, h. t. *Paul.* Haec actio in his quae usucapi non possunt (puta, furtivis, vel in servo fugitivo) locum non habet. — L. 12. §. 4. eod.

(e) L. 1. pr. — ved. not. (a). — L. 5-7. pr. §. 1-7. L. 13. h. t.

(f) L. 5. 7. §. 24. L. 12. §. 2. h. t. *Ulp.* Marcellus libro septimo decimo Digestorum scripsit: quum, qui a furioso ignorans eum furere, emit, posse usucapere. Ergo et Publicianam habebit: §. 4. Si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.

(g) L. 8. h. t. *Gai.* De pretio vero soluto nihil exprimitur; unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

Circa al possesso con giusto titolo e buona fede come primo fondamento dell' azione publiciana, è fatta dalle leggi eccezione pei casi, nei quali si può trasmettere il diritto di proprietà senza l'intermezzo del possesso: così pei legati e pei fedecommessi si ha anche diritto all'azione publiciana, purchè l' *auctor* almeno fosse stato in possesso dell' oggetto (h).

Circa al convenuto il quale deve essere chi ha un titolo peggiore di possesso, abbiamo due temperamenti di somma importanza.

a) In tutti quei casi nei quali la *rei vindicatio* può distruggersi con l' *exceptio rei venditae et traditae*, con la generale *exceptio doli*, l' *exceptio dominii* che si opponga all' azione publiciana può essere rigettata per mezzo di una *replicatio doli, rei venditae et traditae;* ed in questo modo l' azione publiciana si rende valida anche contro il vero proprietario (i).

b) Similmente l'azione non può essere intentata contro colui il quale possiede con eguale titolo, ossia con giusto titolo e buona fede; ma in questo caso si fa una distinzione se entrambi ricavano il diritto dal medesimo *auctor*, ovvero da diversi; nel primo caso colui può intentare con efficacia l' azione publiciana, che per tradizione ebbe prima il possesso, nell' altro si applica la massima *melior est conditio possidentis* (k).

Con l' azione publiciana però non si consegue, che il possesso di buona fede e non la proprietà: ben può essere usata anche dal vero proprietario, ma nella sentenza il giudice mai non afferma la proprietà, bensì il giusto titolo del possessore. Onde dopo la decisione il convenuto condannato potrà convenire l' attore vincitore del possesso con l' azione rivendicatoria, senza che l' altro possa opporre l' *exceptio rei iudicatae*: appunto perchè nella sentenza sull' *actio publiciana* si è provato solamente il possesso di buona fede, o altrimenti si è affermata solo una presunzione di diritto, e non un diritto pieno ed effettivo.

(h) L. 12. §. 1. h. 1. *Paul.* Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nanctus possessionem, uti potest Publiciana. — confr. L. 1. §. 2. L. 11. §. 2. h. t.

(i) L. 72. de rei vind. (6.1.). *Ulp.* Si a Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit pretio soluto; deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eandem alii vendiderit et tradiderit; aequius est ut tu potior sis. Nam etsi ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret, et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione utereris. — L. 14. h. t. L. 2. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). — L. 24. de except. rei iud. (44. 2.). — L. 4. §. 32. de doli mali except. (44. 4.).

(k) L. 9. §. 4. h. t. *Ulp.* Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit; utrum is, cui priori res tradita sit, an is, qui tantum emit. Et Iulianus lib. septimo Digestorum scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est. — confr. L. 31. §. 2. de act. vend. (19. 1.).

§. 174.

C. Interdictum uti possidetis.

T. D. uti possidetis (43. 17); — de utrubi (4. 313.). — C. uti possidetis (8. 6.). — *Savigny*, diritto del possesso §. 37. 39.—*Albert*, sull' interdetto *uti possidetis* dei Rom. Halle 1824.—*Puchta*. corso delle Istituzioni §. 228.—*Bruns*, del possesso §. 6.— *Ihering*, sul fondamento dei mezzi per la tutela del possesso, *Iena*, 1869.

I. A tutela del possesso civile , come ancora del possesso derivato (§. 152.) sono concessi al possessore gl' interdetti *retinendae possessionis*, cioè l' *interdictum uti possidetis et utrubi*.

L' interdetto *uti possidetis* ha lo scopo di mantenere il possesso presente contro colui, che in qualunque maniera non lo riconosca, ossia serve a far decidere una controversia di possesso, e stabilire quale delle due parti presentemente possegga (a).

È scopo principale di questo interdetto possessorio di aprire la via all' azione di proprietà, determinando le parti nel processo (b).

Questo interdetto è retto dalle regole infrascritte:

1) È attore il possessore civile, ossia, colui che possiede *animo rem sibi habendi*; non è necessario provare la *iusta causa possessionis* (c).

2) È convenuto colui il quale contrasta, non riconoscendolo, il nostro possesso.

3) Non si fa per altro differenza tra le parti, poichè quest' interdetto è *duplex* (d): onde appena è promossa la lite da una delle parti, sia qualunque, entrambe sono nella stessa condizione, essendo ad entrambe imposto l' obbligo della stessa prova; tenere, cioè, ancora il possesso civile, e non averlo acquistato dall' altro *nec vi, nec clam, nec precario*: chiun-

---

(a) L. 1. §. 2. 3. h. t. (43. 17.). *Ulp.* Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor; aut non convenit. Si convenit, absolutum est, ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.—§. 4. Inst. de interd. (4. 15.). — L. 35. de acq. poss. (41. 2.). — *Gai.* Inst. IV. 148.

(b) È per ciò che questo interdetto viene trattato tra i mezzi per tutelare la proprietà.

(c) L. 1. §. 9. L. 2. 3. h. t. *Paul.* Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. Qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet.

(d) L. 3. §. 1. h. t. *Ulp.* Hoc interdictum duplex est; et hi, quibus competit, et actores et rei sunt. — L. 2. pr. de interd. (43. 1.).

que provi ciò, sarà vincitore della lite. Ovvero quando l' uno è convinto di possedere con vizioso possesso rispetto all' altro, a questi è riconosciuto il possesso, ed il primo è condannato a restituire la cosa, e, secondo le circostanze dei casi, a prestare altresì cauzione *de amplius non turbando*. Così può esser dato il possesso a chi prima non l'avea, e ritornato a chi l' avea perduto: onde l' interdetto *uti possidetis* può alle volte sortire l' effetto stesso dei *recuperandae possessionis* (e).

4) Se nessuna delle due parti può addurre queste pruove, il giudizio possessorio rimane indeciso (*neuter vincetur*); ma colui che vuole la condanna della parte contraria deve promuovere il giudizio petitorio.

5) Quest' interdetto è dato in un anno utile; vale a dire che il fatto, col quale l' avversario turbava il nostro possesso, deve esser avvenuto nel corso dell' ultimo anno (f).

Era ancora un interdetto *retinendae possessionis* l'*interdictum utrubi*, il quale applicavasi al solo possesso delle cose mobili; in questo interdetto non decidevasi del possesso secondo chi era presente possessore, ma la pruova era del più lungo possesso; vinceva colui che poteva dimostrare di aver posseduto nell' ultimo anno più lungamente del suo contraddittore, purchè possedesse *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. Era concesso per la prova di aggiungere al proprio possesso quello dell'antecessore (*accessio possessionis*) (g). Per mezzo dell'*interdictum utrubi* potevasi anche acquistare un possesso perduto, specialmente quando alcuno avesse perduto il possesso di una cosa mobile *vi*, *clam*, *precario*: egli poteva ricuperarlo contro l'ingiusto possessore, purchè questi avesse ancora posseduto, ed egli se ne giovasse in un anno (h).

La condizione del più lungo possesso nell'ultimo anno, non essendo più necessario nella legislazione giustinianea, l' *interdictum utrubi* fu del tutto pareggiato all' *uti possidetis* (i).

(e) L. 1. pr. §. 9. L. 3. pr. §. 9. h. t. *Ulp.* Quod ait Praetor in interdicto: *Nec vi*, *nec clam*, *nec precario alter ab altero possidetis*, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. Has enim possessiones non debere proficere, palam est. — L. 53. de acq. poss. (41. 2.). — *Gai.* Inst. IV. 166-168.

(f) L. 1. pr. h. t. *Ulp.* h. t. Ait Praetor . . . . . *intra annum quo primum experiundi potestas fuerit*, *agere permittam*. — L. 4. de int. (43. 1.).

(g) *Gai.* Inst. IV. 150-152.

(h) L. 3. §. 10. uti possidetis. (43. 17.). *Ulp.* Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam.

(i) §. 4. Inst. de interd. (4. 15.). . . . . Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem exaequata est, ut ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet. — L. 1. §. 1. de utrubi (43. 31.).

II. Quantunque per mezzo degl' interdetti *retinendae possessionis* si potesse giungere a ricuperare il possesso perduto *vi*, *clam* e per abuso del precario, erano dati ancora appositi interdetti, che dall'effetto pigliavano nome di *recuperandae possessionis*; tali sono l' *interdictum de vi, de clandestina possessione, de precario.* Ma poichè essi intendono a costringere il violatore del possesso a soddisfare l'obbligo nato dalla sua azione illegale conforme alle obbligazioni *ex delicto*, saranno perciò trattati nelle obbligazioni.

ANNOTAZIONI

Anche il carattere degl' interdetti *retinendae possessionis* è dal *Savigny* uguagliato alle azioni *ex maleficio*. Di fatti egli insegna, che gl'interdetti possessorii probabilmente furono introdotti per tutela della *possessio* dell' *ager publicus*, ed applicati più tardi al possesso delle altre cose. Il loro carattere fondamentale è che sono azioni *ex maleficio*, e per conseguenza appartengono alla materia delle obbligazioni.

Riteniamo che gl' *interdicta recuperandae possessionis* sono azioni *ex maleficio*, ma quanto ai *retinendae possessionis* l' assunto del *Savigny* non potrebbe sostenersi. Pure egli tenta provarlo nella seguente maniera.

Gl' interdetti *retinendae possessionis* sono applicabili:

1) quando il possessore per molestia ebbe un danno di cui vuol essere risarcito;

2) quando sia da temere una molestia contro cui il possessore vuol essere garantito;

3) finalmente quando un litigio sulla proprietà dev' essere regolato con le indagini preventive del possesso, quantunque non vi sia stato, e non vi sia da temere un violento turbamento del possesso medesimo.

I primi due casi sarebbero gli originarii pe'quali furono introdotti gl'interdetti, essendo i soli che trovansi menzionati nelle parole dell' editto: *neque pluris quam quanti res erit . . . agere permittam: uti possidetis . . . . quominus ita possideatis, vim fieri veto;* in questi due casi non si può sconvenire che vi sia il fondamento di un' *obligatio ex delicto*. Il terzo caso, non contenuto nelle parole dell'editto, ma ricavato dalla giuresprudenza romana, si connette strettamente col secondo, poichè per ordinario anche qui sono da temere violenze; cosicchè questo terzo caso dal punto di vista teoretico non è diverso dal secondo. I requisiti di questi interdetti sarebbero, che si sia acquistato un possesso giuridico, che sia avvenuta una violenta molestia del possesso medesimo, e che con questo turbamento il possesso non sia cambiato. Convenuto sarebbe chiunque, al quale possiamo rimproverare di aver turbato il nostro possesso; e lo scopo di questi interdetti sarebbero di tre sorte: per il caso di un turbamento avvenuto, rifacimento dei danni: per il caso di un turbamento minacciato per l'avvenire, cautele per allontanare una illegale azione temuta, finalmente nel terzo caso: decisione della questione, chi delle due parti abbia presentemente il possesso. Gl' interdetti *retinendae possessionis* sono *duplicia;* donde ne nascono altre importanti conseguenze; ciascuna delle parti contendenti può muovere l' azione; ciascuna deve avere nel giudizio eguali diritti; ciascuna può essere da ultimo condannata (k).

(k) *Savigny*, del possesso §. 6. 12.

Questa teoria del *Savigny* è contraddetta da tutto il sistema delle leggi romane. Bisogna per contrario affermare che gl' interdetti *retinendae possessionis* hanno principalmente lo scopo di decidere preliminarmente al giudizio di proprietà una questione sul possesso, che due parti nel medesimo tempo si contendono, e stabilire chi dev' essere il *petitor* e chi il *possessor*.

D' altra parte si comprende da sè che non sempre ad una domanda sul possesso, segue il petitorio; poichè se le parti dopo la decisione del possesso non vanno più innanzi, resta sempre decisa una questione di possesso. In questo modo la base degl' interdetti non è un maleficio, ma solamente è una questione di possesso, come la base della *rei vindicatio* è una controversia sulla proprietà. Che questo punto di vista sia più conforme alle leggi si ritrae dalle seguenti ragioni:

1) Prima di ogni altro l' origine degl' interdetti sembra poco probabile, che sia stato l' *ager publicus*, anzi è contraddetto dall' indole di quelli: imperocchè se condizione indispensabile per questi mezzi di tutela è il possesso civile, ossia l'*animus rem sibi habendi*, come mai potevano essere introdotti per il possessore dell' *ager publicus* che punto non aveva quell' *animus ?* Bisognerebbe dire che nel corso del tempo, quando furono applicati al possesso delle altre cose, avessero perfettamente cambiato natura : il che anche supposto per altro non potrebbe mai dirsi dell' *interdictum utrubi*; ed in verità *Savigny* è obbligato a presumere che questo interdetto sia venuto molto più tardi: opinione che avrebbe bisogno di una pruova, ch' è forse impossibile.

Ciò che diciamo è confermato non solo da *Ulpiano* not. (a), ma ancora dallo stesso Gaio IV, 148:

» Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, *uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.*

2) Le parole dell' editto pretorio danno lo stesso risultato (l). Il loro significato è il seguente: Chi di voi, che dice di possedere, veramente possiede, egli dev' essere considerato da me come possessore. Questa decisione suppone naturalmente la dimanda: chi è da riconoscersi come possessore? e le parole *vim fieri veto*, piuttosto che accennare ad una violenza minacciata, sono una formola pel riconoscimento del possesso.

3) Secondo il *Savigny* l'interdetto potrebbe essere adoperato contro chiunque molestasse il nostro possesso. Il qual principio, che andrebbe a conseguenze troppo contrarie all' indole dell' interdetto *uti possidetis*, è pure accettato dalla maggior parte dei giuristi. *Thibaut* che logicamente volle determinare le ultime conseguenze di questo principio ammise, che l' interdetto *uti possidetis* potesse essere adoperato nel caso, che degli importuni di notte entrassero in casa, gridassero, picchiassero, forzassero le porte ecc. (m). Nei testi troviamo scritte queste parole » Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; *etenim videris mihi possessionis controversiam* facere, qui prohibes me uti mea possessione » ; ed altrove. « Interdicto Uti possidetis *de fundi vel aedium possessione contenditur*, Utrubi vero *interdicto de rerum mobilium possessione* » (n). Ora in questi frammenti si fa sem-

---

(l) Ved. ***Festo***, **V. S.** ***Possessio.***

(m) ***Thibaut***, **Arch. civ. XVIII. pag. 331.**

(n) **L. 3. §. 2. h. t. §. 4. Inst. de interd. (4. 15.).—confr. L. 1. §. 3. uti possid.,** ***Gai.*** **IV. 149.**

pre parola di una controversia sul possesso; laonde non qualunque importuno, ma chi in tutto o in parte ci contende il possesso, può essere il convenuto in questo giudizio: così possiamo spiegare la natura duplice dell'interdetto *uti possidetis*. Aggiungasi, che, se dovesse essere questione di violenza e non semplicemente di possesso conteso, sarebbe difficile intendere, perchè i testi trattono sempre di questione di possesso e non di maleficio; quandochè per un turbamento prodotto anche senza negare il diritto di possesso, sono concessi altri mezzi come l' *interdictum de vi aut clam*. Dalla esposizione di Gaio si scorge chiaramente che non solo colui, *qui fructus licitatione vicit*, ma l' altro *qui victus est*, dovevano provare: « *ad se possessionem* « *pertinere* » ed il giudice « illud requirit, quod Praetor interdicto complexus est, « id est, *uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus*, quo interdictum red- « detur, nec vi, nec clam, nec precario possederit (o) ».

4) Dal che possiamo benissimo ricavare il carattere duplice che vuol essere meglio determinato. *Duplicia* chiamansi quegl'interdetti nei quali non si fa differenza tra le parti di attore e convenuto, e nei quali è perfettamente indifferente chi dei due abbia fatto prima uso dell' interdetto, in altri termini quando ognuno può essere considerato egualmente come attore e convenuto fino alla condanna.

Da ciò risulta 1) che le funzioni di entrambe le parti durante il giudizio sono perfettamente eguali, e per entrambe sta l'obbligo della pruova; 2) che il risultato della lite può essere lo stesso per ciascuna delle parti; ossia chi, indifferentemente se l'attore o il convenuto, adempie all'obbligo della pruova, viene riconosciuto come possessore, e il contrario è condannato; onde l'attore stesso può essere condannato; 3) che finalmente nei medesimi casi, nei quali una parte può essere condannata, perchè acquistava il possesso *vi*, *clam*, *precario* dall'altro, il convenuto stesso può esser condannato quando sottraesse il possesso all' attore *vi*, *clam*, *precario*; ossia non solo colui il quale era possessore al tempo, in cui si è prodotto l'interdetto, può usarne con efficacia, ma ancora colui, al quale fu sottratto il possesso.

Il *Savigny* intende altrimenti la duplicità dell'interdetto *uti possidetis*; quanto alla pruova è di avviso, che colui sia da considerarsi come attore, che si presenta pel primo innanzi al giudice; ed in rapporto all'ultimo punto egli riconosce bensì che ciascuna delle parti contendenti può produrre l'azione, ma alla fine dei conti crede, che solamente può produrre con efficacia l' *interdictum uti possidetis* colui, che al momento dell' azione sia ancora possessore. Quanto sia fondata questa opinione si scorgerà dal seguente esame:

a) Nell' esposizione di questa materia Gaio insegna che il carattere della duplicità consiste in ciò che non vi sia differenza tra attore e convenuto.

Secondo il giurista romano gl' interdetti *simplicia* sarebbero quelli *in quibus alter actor, alter reus est*, e a questi appartengono gl'interdetti *restitutoria et exhibitoria*. Al contrario gl' interdetti *duplicia* sono gl' interdetti *Uti possidetis et Utrubi*, *quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet, quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur* (p). Da queste ultime parole è chiaro abbastanza, che è indifferente quali delle parti abbia proposto l' interdetto.

(o) *Gai*. IV. §. 166. 168.—*Vangerow*, §. 336. n. 3. in contr.—*Arndts*, comp. §. 172. annot.—*Puchta*, Istit. §. 223.

(p) *Gai*. Inst. IV. 157. 160.—conf. §. 7. Inst. de interd. (4. 15.).—L. 3. §. 1. uti poss. (43. 17.). — L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.).

b) Secondo la teoria del *Savigny* la questione sottoposta al giudice sarebbe la seguente: Possiede l'attore? e se possiede, questo possesso è stato da parte sua acquistato dal convenuto *vi, clam, precario* ? Ma in tutti i testi questa distinzione delle parti è sempre a bello studio evitata, ed essi rappresentano la questione piuttosto in questa guisa *uter eorum nec vi, nec clam, nec precario possederit ?* (q). Similmente è riconosciuta l' efficacia dell' interdetto non per l'attore solamente, ma per colui, *qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideat*; dunque secondo i varii casi ora dal convenuto, ora dall'attore: *uti nec vi, nec clam, nec precario* ALTER AB ALTERO POSSIDETIS (r). La sola obbiezione che potrebbesi fare è, che in questi passi la vittoria sia riconosciuta sempre per l' attuale possessore fosse attore o convenuto, purchè il suo possesso non sia vizioso; ma in nessuno di questi passi è detto che il non possessore dev'essere vincitore, quando l'avversario avesse un possesso vizioso. A voler essere logici l' obbiezione dovrebbe estendersi anche all' attore non possessore; bisognerebbe perciò mettere in dubbio la possibilità di condannare l'attore il quale *a reo* possiede *vi, clam, precario*, ed allora che significherebbe la duplicità di questo interdetto?

Se per contrario si ammette che l' attore possessore possa essere condannato quando egli possiede dal reo *vi, clam, precario*, con egual diritto si deve riconoscere che il possessore convenuto dev' essere condannato, quando acquistava dall'attore il possesso con quei tre vizii. Così sentiamo parlare Ulpiano « si quis proponeret possessionem iustam et iniustam, ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, *si a me possides, superior sum interdicto* (s) ». Supporre che in questo passo il convenuto sia solamente il non possessore è affatto arbitrario.

Sembra nondimeno che la nostra tesi contraddica al carattere dell'interdetto. Di fatti questo è qualificato per mantenere il possesso; mentre, sostenendo che il non possessore potesse per virtù di esso riacquistare il possesso, se ne farebbe un *interdictum recuperandae possessionis*, od almeno si porrebbe superfluamente in concorrenza con gli altri interdetti.

Questa censura, di cui non si può certamente sconoscere l' importanza, si dilegua facilmente, quando si consideri questo interdetto un po' più profondamente. Si noti anzi tutto che l' *interdictum Utrubi* del diritto anteriore a Giustiniano era ancora un interdetto *retinendae possessionis*, e pure senza dubbio per esso il non possessore vinceva da attore qualora provasse di aver posseduto la maggior parte dell' anno. Bisogna d' altra parte ravvisare una sostanziale differenza tra l'interdetto *uti possidetis* e l' *interdictum de vi*. In quest' ultimo interdetto l'attore si propone lo scopo di farsi restituire dall'avversario la cosa sottratta con la violenza, e di pretendere il pieno risarcimento de' danni, e fonda queste pretensioni sulla violenta deiezione sofferta dall' avversario; al contrario negl'interdetti *retinendae possessionis* l' intenzione di entrambe le parti è diretta continuamente e solo al giusto possesso: *ego* (iuste) *possideo*, ed il giudice decide principalmente: *Titius* (iuste) *possidet*. La nostra tesi non altera questi principii, imperocchè quando alcuno acquista il possesso da un altro *vi, clam, precario*, questi dirincontro all' ingiusto possessore vale sempre come un giusto, un vero possessore. Nelle conseguenze di essi sta sempre la differenza: ne' *retinendae possessionis* non c'è caso di fondare una obbligazione sul maleficio dell' avversario, la ricerca si ferma sul possessore; e così la condanna non può andare di là del possesso stesso dell'oggetto... *neque pluris quam quanti res erit, agere permittam.* « In hoc interdicto condemnationis summa refer« tur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est*, sic accipimus, *quanti uniuscu« iusque* interest possessionem retinere (t); ». Negl'interdetti *recuperandae possessionis* è il contrario: anzi l' *interdictum unde vi* è determinato appunto per procurare al *vi deiectus* il pieno risarcimento dei danni a lui arrecati immediatamente o mediatamente dalla violenta deiezione, essendo questo interdetto una vera azione *ex maleficio*.

(q) *Gai.* Inst. IV. 166.—conf. *Gai.* IV. 148.

(r) *Gai.* Inst. IV. 159.—L. 1. §. 9. uti possid. (43. 17.).

(s) L. 3. pr. uti poss.

§. 175.

IV. Perdita della proprietà.

Sull'estinzione di questo diritto non occorrono regole speciali. In generale termina quando altri diventa proprietario dello stesso oggetto; onde tutti i modi di acquisto sono per altra parte modi di estinzione.

Oltre a ciò vi sono altri casi: come quando l'oggetto perisce o esce fuori commercio: o quando è derelitto, divenendo così *res derelicta*.

È inutile aggiungere che quando la proprietà si perde per volontà del proprietario, si richiede, secondo i principii generali, l'idoneità di alienare.

Con la perdita del possesso non si perde insieme la proprietà; eccetto che degli animali selvatici, appena escono dalla nostra custodia, perdiamo possesso e proprietà, e dei mansuefatti ancora, quando non hanno la consuetudine di ritornare (a).

APPENDICE IX.

I. La proprietà nei principii di Roma pigliò due forme, l'una publica, privata l'altra.

La coscienza che le cose immobili erano acquistate non dall'attività delle singole persone, ma dalla potenza dell'intera società politica (al qual sentimento dava forza la tradizione dell'origine ed incremento dello Stato romano) menò a considerare la proprietà del suolo come publica, limitando la privata a sole quelle cose che a sè procacciava l'opera de' privati. Rispetto alle cose immobili adunque ogni cittadino di quella società politica fu tenuto come semplice possessore, o vogliam dire usufruttuario di una parte del suolo publico ; onde oltre alla privata proprietà delle cose mobili espressa colla formola: *meum est ex iure quiritium*, eravi il godimento di una publica proprietà, cioè la *possessio* dell'*ager publicus*. Quali siano state le relazioni di ciascun cittadino con lo Stato, e quali i mezzi giuridici per trasmettere e tutelare questa *possessio* non ci è dato saperlo con precisione; le tradizioni storiche non ci danno a questo proposito che mal ferme o nessuna notizia; è certo che la vindicazione non poteva essere il mezzo di tutelare la *possessio;* prima perchè suppone la formola *meum est*, il che era incompatibile in questa specie di proprietà publica, secondo perchè, quando più tardi venne applicata la *vindicatio* agl'immobili, fu d'uopo procedere come per le cose mobili, cioè con la presenza di una zolla almeno nel luogo dove si amministrava la giustizia.

(t) L. 1. pr. L. 3. §. 11. uti possid. (43. 17.).

(a) §. 12. 14-16. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 3. §. ult. L. 5. de acquir. rer. dom. (41. 1.).

Accanto all'elemento vero ed originario del popolo romano, al patriziato, sorgeva il ceto della plebe, il quale, finchè non fu ammesso alla romana cittadinanza dovè tenere un suo speciale istituto di proprietà; ma quale sia stato nei tempi che questo ceto era in certo modo diviso dallo Stato di Roma, è inutile ed impossibile saperlo: in generale si può dire che le massime più larghe di diritto universale, comuni alla coscienza di tutti i popoli e anteriori certamente a qualunque forma civile, abbiano regolate i loro rapporti. I plebei, non reputati cittadini romani, non potevano pretendere al godimento dell'*ager populi romani*. Di più, la proprietà publica degli immobili ripugnava e alla loro condizione rimpetto allo Stato, e alla massima di diritto universale (fondamento delle loro relazioni), che fa nascere il diritto privato di proprietà dal potere che può esercitare la persona come tale sulle cose che la circondano, mobili od immobili che siano; onde dalla introduzione del ceto plebeo in Roma si fa possibile l'origine della privata proprietà degli immobili. Rimase ciò non per tanto la proprietà publica per i patrizii, anzi si accresceva più sempre per le conquiste, divenendo ogni terra conquistata proprietà dello Stato; ma le assegnazioni e le vendite questorie potevano convertire in privata quella proprietà publica, la quale andò a poco a poco perdendosi, fino a quando le *leges agrariae* che avevano suscitate tante sommosse, fecero sparire l'*ager publicus* e con esso il sistema di publica proprietà; rimanendo così la proprietà privata distinta da quella dello Stato.

La proprietà romana *ex iure Quiritium* era solo legittima nell'angusto cerchio dello Stato romano: solo per quelle cose che v'erano comprese, e per quelle sole persone che s'addimandavano *cives romani*, sia che la cittadinanza loro appartenesse di diritto, sia che fosse loro concessa. I fondi perciò situati fuori d'Italia uscivano dal concetto della proprietà privata *ex iure Quiritium*, meno che essi non fossero parti di un territorio di una città, cui si era concesso il *ius italicum;* così ancora i peregrini non potevano essere i subbietti di questa proprietà, purchè per eccezione o per privilegio non si fosse a qualcuno conceduto il *commercium*.

II. La severa ristrettezza della proprietà quiritaria, propria del carattere romano, dette origine ad un'altra specie di proprietà, così come per un simile rigore di principii dalle antiche *possessiones* dei patrizii era nata la proprietà fondiaria. Stabilito che un certo genere di cose e di persone fosse fuori del *dominium ex iure Quiritium*, deve certo supporsi una diversa specie di proprietà, mercè cui quelle persone potessero acquistare, e quelle cose essere acquistate: la quale, non altrimenti che quella antica dei plebei, si conformasse a quel diritto più largo che veniva appalesato nel sentimento giuridico di tutti i popoli *(ius gentium)*.

I tempi storici in cui nasce la nuova specie di proprietà ci permettono di determinarne almeno i tratti principali. N'erano subbietti e peregrini, e romani sulle cose sottratte al *ius Quiritium*, come i fondi provinciali; n'erano mezzi di acquisto i modi naturali. Se alcuno occupava una cosa non appartenente ad altri, col proposito di farla propria, o se dal proprietario, con la vicendevole intenzione, ne avea il possesso, ed intendeva acquistarne ancora la proprietà, il diritto delle genti dovea affermare, ed affermava giusto il titolo di tale acquisto, e di conseguenza veniva il diritto di proprietà. Erano queste le *naturales acquisitiones*, alle quali si aggiunga un istituto simigliante all'usucapione, che per richiedere un tempo più lungo di quella, pigliò nome di *longi temporis praescriptio*. Questa proprietà che dapprima chiamossi col nome antico di *possessio*, e poscia anche *dominium* (a), poteva essere difesa con un'azione reale innanzi al Pretore peregrino o al Pretore della provincia, senza dubbio con la formola *petitoria*, e con la *intentio: si paret rem actoris esse.*

In questi termini la proprietà dei peregrini e delle cose provinciali formava un sistema perfettamente distinto dal civile, di guisa che, finchè ciascuno restasse nella propria sfera, non poteva mai imbattersi nell'altro: avendo la proprietà dei peregrini, era impossibile che si avesse la quirite, sia in rapporto alle cose, sia in rapporto alle persone. Ma la base più larga, la natura più vera de'modi di acquisto della proprietà dei peregrini cominciò a produrre nuovi effetti nella civiltà sempre crescente di Roma; e non andò guari che un sistema medio tra il civile ed il naturale fè nascere una vera opposizione di principii, che alla fine ricondusse all'unità il sistema della proprietà romana. E di vero un'altra proprietà prende forma concreta verso la fine della Repubblica, la quale riguardava non le cose e persone escluse dal concetto del *dominium ex iure Quiritium*, ma le stesse cose e le persone medesime capaci di quest'ultima proprietà: da questo punto possiamo dire che s'origina un'opposizione nel sistema di proprietà dei romani. L'un sistema può essere appellato quiritario, bonitario *(in bonis)* l'altro (b): « Sequitur, dice Gaio, ut admoneamus, » apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita aut dominus quisque est, aut » dominus non intelligitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur, aut » enim ex iure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur domi» nus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure quiri» tium dominus, alius in bonis habere (c) ».

III. Per meglio conoscere la natura di questi due sistemi che si contrastavano, fa d'uopo esporre i modi di acquisto proprii della proprietà quiritaria.

1) Il più originario è la trasmissione delle cose per volontà del popolo mercè l'opera del magistrato; il quale acquisto era detto *per additionem*. Questo modo fu applicato per le cose predate in guerra, specialmente i prigioni, e dal comandante divise ai soldati, o vendute dall'erario per mezzo del questore; la vendita era detta

(a) *Gai.* Inst. II. 40.

(b) *Puchta*, corso delle Istit. §. 234.

(c) È inconcepibile come alcuni giuristi abbiano potuto questionare sul carattere della proprietà bonitaria, dopo questo chiarissimo frammento di Gaio: *Zimmern*, nel Museo del Reno. III. n. 19. nega a questo istituto il carattere di proprietà, e non vi scorge se non un possesso qualificato; ammette che i romani avessero avuto un doppio dominio, ma non ammette che sia stato un dominio quiritario e bonitario, ma il *nudum ius Quiritium* e il dominio *ex utroque iure.* Tuttociò egli ricava da *Gaio.* I. 54. II. 40. Ved. Gai. Inst. I. 167. II. 41.—*Ulp.* XXII. 8. conf. *Mayer*, sul doppio dominio del diritto romano; giornale per la scienza storica del diritto VIII. pag. 2.—*Hunterholzner*, Museo del Reno V. pag. 1.—*Vangerow*, Latini Iuliani, pag. 70: Pandette §. 293.

allora *venditio sub corona*. Una specie di *addictio* era la *sectio bonorum*, quando in cumulo dal questore stesso si vendeva il bottino di guerra al maggiore offerente, rimettendone la partizione al compratore, e trasmettendoglielo come *universitas*. In questa vendita era innalzata una lancia come segno del bottino, modo che più tardi fu applicato a tutte le vendite publiche. Lo stesso avveniva per i terreni, naturalmente dopo il passaggio della proprietà publica nella privata; ossia o per assegnazione fatta da un magistrato in forza di una legge agraria o *de coloniis deducendis*, ovvero con la vendita questoria. Più tardi ciò seguì per mezzo della mancipazione per le terre italiche, o con una vendita apparente nelle provincie.

2) Era un altro modo di acquisto, ma delle cose dei privati, la *in iure cessio*, la quale si faceva con un finto processo. Il proprietario presentavasi con l'acquirente innanzi ad un magistrato appresso il quale potevasi produrre una *legis actio:* il compratore simulando una rivendicazione, pronunziava come attore contro il venditore le parole della *vindicatio*, ma astenendosi l'altro di fare la *contravindicatio*, il pretore da ultimo addiceva l'oggetto all'attore (d).

3) Anche modo civile di acquisto era la *mancipatio* (e). Quest'atto seguiva alla presenza di cinque testimoni, di maggiore età, e cittadini romani, ed innanzi ad una sesta persona che aveva in mano la bilancia *(libripens)*; l'acquirente, dando di piglio alle cose pronunciava le solenni parole della *mancipatio*, batteva con un pezzo di bronzo nella bilancia, è dava questo al venditore come prezzo di compra. In questa vendita bisogna fare la distinzione tra cose mobili e terre; le prime dovevano essere presenti e non si potevano mancipare che singolarmente; le altre anche in un medesimo atto.

La *mancipatio* era limitata per alcune determinate cose che perciò erano dette *res mancipi*, così i terreni italici, gli schiavi, gli animali indigeni da tiro e da carico, *(quatrupedes quae dorso collove domantur)*; le *servitutes praediorum rusticorum* e segnatamente l'*iter*, l'*actus*, e la *via*, in alcune circostanze anche una *universitas*, specialmente nella formazione del testamento.

La mancipazione poi, oltre d'essere un modo di acquistare le cose, era in determinate istituzioni una condizione indispensabile per dare vita all'atto giuridico: così era per l'emancipazione, per il matrimonio per *coemtionem*, e per lo scioglimento della *manus*, e simili. A questo speciale intento essa veniva usata sugli uomini liberi sottoposti alla *potestas*, alla *manus*, od al *mancipium*.

4) Possono essere anche modi di acquisto l'*adiudicatio*, l'acquisto per *universitatem* come quando l'erede acquista le cose del defunto, e una disposizione diretta della legge.

5) Era un antichissimo modo di acquisto l'usucapione, e come l'*in iure cessio* e la *mancipatio* trovasi menzionata nelle XII tavole col nome di *usus auctoritas*, mutato poscia in *usucapio* (f); per la quale era richiesto il possesso di un anno se l'oggetto era mobile, di due se immobile, continuato e non interrotto, con giusto titolo e con buona fede secondo le regole già innanzi esposte (§. 167.).

Tra i titoli atti a trasferire la proprietà per usucapione è da mentovare in questo luogo il titolo *pro herede;* poichè chiunque fosse in generale capace del diritto ereditario avea la facoltà di appropriarsi le cose di una eredità finchè l'erede non se ne mettesse in possesso, ed usucapirle in un anno, fossero esse mobili od immobili (g). Questa usucapione fu detta *lucrativa*, perchè fondava un guadagno a spese di colui che ne aveva il diritto. L'usucapione *pro herede* perdette la sua forza lucrativa contro il vero erede mercè un senato-consulto di Adriano (h).

(d) *Gai*. Inst. II. 24.—*Ulp*. Fragm. XIX. 9.

(e) *Gai*. I. 119. 122.—*Ulp*. XIX. 3. 6.

(f) Cic. Top. 4. pro Cac. c. 19.

Il diritto antico riconosceva altre specie di usucapione che si allontanano dalle regole comuni, come l'usucapione, per la quale il precedente proprietario poteva riacquistare l'oggetto, *usureceptio*. Quando lo Stato vendeva i terreni avuti in pegno, ed il compratore per due anni continui lasciava il proprietario antico in possesso, questi riacquistava la proprietà *usureceptio ex praediatura* (i). Quando un proprietario *fiduciae causa* aveva ceduto *in iure*, o mancipato una cosa a fine di conservazione, o in pegno, egli poteva riacquistarne la proprietà col possesso di un anno, come se la cosa gli fosse stata rimancipata; nel caso di pegno, se il creditore non era stato soddisfatto, una tale usucapione era senza titolo e perciò lucrativa; nell'altro caso, essendovi l'obbligo alla *rimancipatio*, l'usucapione non mancava di titolo (k). Quando alcuno comprava una *res mancipi* da una donna senza l'*auctoritas tutoris*, egli poteva usucapirla per effetto della *rutiliana constitutio*.

Più tardi fu d'uopo estendere l'usucapione al sistema di proprietà determinato per i fondi provinciali, perocchè anche per questi faceva bisogno compiere gli acquisti difettosi ed assicurare la proprietà. Il novello istituto che si propose di assodare la proprietà dei fondi provinciali contro una *utilis vindicatio* ebbe natura di prescrizione; in quanto che colui che per lungo tempo avesse tenuto il possesso con giusto titolo ebbe diritto di opporre un'eccezione all'azione dell'attore, conosciuta col nome di *longi temporis praescriptio*. Essendo tale prescrizione determinata pe'fondi situati nelle province, e per conseguenza in luoghi lontanissimi, fu statuito un tempo molto più lungo dell'usucapione, cioè di dieci ed in caso di assenza di venti anni, affinchè il proprietario avesse tempo sufficiente per avere notizia della prescrizione incominciata.

L'efficacia della *longi temporis praescriptio*, dovette estendersi più tardi; nè si hanno pruove in contrarie alla probabilità, che fosse stata anche concesso a colui che reclamasse la proprietà di un terreno provinciale, o facoltà di fondare la sua azione sul motivo della *longi temporis possessio;* e così questo istituto puramente di prescrizione estintiva in origine, acquistò natura di usucapione: *hoc enim*, dice Giustiniano a questo proposito, *et veteres leges sanciebant, si quis eas recte inspexerit* (l).

Queste due specie d'istituzioni simili nei loro elementi costitutivi e nelle conseguenze, diverse in rapporto al tempo, e ai sistemi di proprietà, addivennero perfettamente simili, quando in sul finire del quarto periodo la differenza tra proprietà quirite e non quirite perdè il vigore di diritto positivo. Giustiniano decretò la fusione della usucapione e della *praescriptio longi temporis*, insieme all'abolizione della differenza tra fondi italici e provinciali, applicando a tutti la prescrizione di dieci *inter praesentes*, e di venti anni *inter absentes*. Abolita fu egualmente la prescrizione an-

(g) *Gai.* II. 52. 55. L. 33. de usurp. (41. 3.).

(h) *Gai.* II. 57. (is *Gai.* II. 61.).

(i) *Gai.* II. 61.

(k) Idem II. 59. 61.

(l) L. 8. C. de praescr. XXX. ann. (7. 39.).

nuale per le cose mobili, ed invece il tempo fu allungato di due anni; le condizioni richieste furono le medesime dell'antica usucapione, cioè il possesso con giusto titolo e buona fede.

IV. La proprietà *ex iure quiritium* fu circoscritta ai fondi italici e alle cose mobili; ed alle persone capaci del *ius commercii*, come il cittadino romano ed il Latino. Questa distinzione è raffermata ancora dall'esame dei modi di acquisto anzidetti, tranne la *longi temporis praescriptio*, istituto ammesso per la proprietà naturale in analogia della *usucapio*. Verso la fine della repubblica le forme determinate dal diritto civile per trasmettere la proprietà, divennero incompatibili con le più ampie e diffuse relazioni del popolo romano, ed i modi naturali di acquisto ebbero sulla coscienza dei romani una decisiva influenza. Per consuetudine si tenne sufficiente la tradizione per le *res nec mancipi*, e così la *traditio* alcune volte poteva originare la *rei vindicatio*, ossia la proprietà quiritaria. Oltre di che i modi naturali di acquisto, circoscritti prima ai fondi provinciali e alle persone non soggette al diritto civile, si estesero anche alle cose capaci della proprietà quiritaria e agli stessi romani; ma di guisa che non producevano la proprietà quiritaria, e nemmeno la naturale, ma quella nuova maniera di proprietà, che abbiamo detto aver generata l'opposizione de'sistemi, e per la quale i giureconsulti usavano le formole *in bonis esse, in bonis habere*.

La proprietà bonitaria ebbe esistenza giuridica per opera del Pretore, mentre era vigente la proprietà quiritaria, ed aveva luogo nei seguenti casi:

a) per la tradizione di una *res mancipi* (m);

b) per ogni modo di acquisto pretorio, non potendo il Pretore concedere la proprietà quiritaria: come la *bonorum possessio*, la *bonorum venditio*, la *immissio ex secundo decreto damni infecti causa*, e finalmente l'acquisto di uno schiavo *ex noxali causa* (n);

c) finalmente per quei mezzi di acquisto, i quali non furono veramente introdotti dal Pretore, ma per sua mediazione, dai senaticonsulti e costituzioni imperiali; come per successione universale *ex senatusconsulto Trebelliano* (o).

Questa proprietà acquistò valore giuridico in quanto che si concessero al proprietario in *bonis* tutti i diritti materiali concessi al quiritario. Ma come che la proprietà bonitaria comprendeva le medesime cose, e le medesime persone, era facile che le due proprietà venissero a contrapporsi, e fu compito del Pretore di conciliare questi contrarii, regolando con equità gl'interessi dei singoli. Giusta il principio del diritto civile con la tradizione di una cosa *mancipi* non passata il diritto di proprietà; ma l'oggetto trasmesso era considerato in *bonis* dell'acquirente, e il *ius quiritium* su quell'oggetto restava al tradente, di guisa che questi o i suoi eredi potevano sempre produrre contro l'acquirente o qualunque altro possessore la *rei vindicatio*. Certamente, finchè l'acquirente non venisse garentito da ogni pretensione del proprietario quiritario, la proprietà bonitaria sarebbe stata una parola vana di senso; fu sempre il Pretore che dette a questa proprietà un'importanza positiva. La guarentigia più sicura pel proprietario in *bonis* era la possibilità di rendere civile la sua proprietà dopo certo tempo mercè l'*usucapio;* in questo modo divenendo egli proprietario quiritario di una cosa mobile dopo un anno, e di una immobile dopo due anni, si riunivano in lui solo ambe le proprietà, nulla avendo a temere da parte di terze persone, ed era pienamente garentito con l'*actio civilis in rem*. Ma accadendo che altri avesse la proprietà quiritaria, altri la bonitaria, il patrocinio del Pretore si faceva indispensabile, specialmente quando il proprietario quiritario, prima che l'altro compisse l'usucapione, lo perseguiva con la *rei vindicatio*. Onde il Pretore diede un'eccezione all'acquirente, che distruggeva l'azione dell'attore; tale eccezione, nota generalmente col nome di *exceptio doli*, fu detta *exceptio rei venditae et traditae* nel caso speciale della vendita, ed *exceptio doli* opposta alla *rei vindicatio*, qualunque volta un vincolo obbligatorio stretto tra il proprietario quiritario e il possessore obbligava quello di lasciar libera la cosa nelle mani di questo, e di considerarlo proprietario. Più difficile si rendea il patrocinio del Pretore qualora il proprietario quiritario si trovasse egli stesso in possesso dell'oggetto; imperocchè non solo era necessario concedere al proprietario *in bonis* un'azione per rivendicare l'oggetto, ma ancora assicurare questa contro un'inevitabile *exceptio dominii*. Un'azione reale a questo proposito non poteva essere concessa; questa si rendeva unicamente possibile sulla base di una finzione, non ricavando l'attore il suo diritto da un principio riconosciuto dal diritto civile. L'*actio Publiciana* fu l'azione concessa in quest'occasione, un'azione nella quale si finge che il possessore avesse acquistato il diritto di proprietà, ed è per conseguenza qualificata per una *utilis rei vindicatio*. Ma quest'azione reale nel caso di sopra posto incontrava certamente da parte del proprietario quiritario e possessore dell'oggetto l'*exceptio dominii*, da cui bisognava garentirla: e fu fatto. È chiaro che in questa condizion di cose, il quiritario possessore che opponeva al bonitario l'*exceptio dominii*, può considerarsi, e fu considerato, come attore che rivendicasse l'oggetto dal bonitario; e come questi così convenuto poteva usare dell'*exceptio doli*, similmente attore nell'*actio Publiciana*, a cui è contrapposta l'*exceptio dominii*, potrà vincer quest'eccezione con la *replicatio doli*, *rei venditae et traditae*.

(m) *Ulp.* Fragm. I. 16.—*Gai.* Inst. II. 41. 204.

(n) *Gai.* III. 80. IV. 35.—L. 5. pr. L. 15. §. 15. 26. 27. de damno inf. (39. 2.).—L. 26. §. 6. de noxal. act. (9. 4.). — L. 2. §. 1. ex noxali causa (2. 9.) etc. — *Zimmern*, o. c. 315.

(o) L. 63. ad SC. Trebelliano (36. 1.). — L. 24. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.).— L. 4. §. 19. Pro emt. (41. 4.).

A questo modo la proprietà bonitaria acquistando sempre più carattere positivo, e fondandosi sopra base più larga e più generalmente sentita, doveva non solo preponderare alla quiritaria, ma ancora annullarla. Nel quarto periodo in effetti la proprietà quiritaria fu senza alcuna importanza, mercè le nuove riforme operate, e il disuso completo delle forme antiche del diritto civile, che sole le davano valore e specialità. Anche la proprietà particolare sui fondi provinciali fu abolita, poichè Giustiniano tolse ogni differenza tra i fondi, avendo abolita qualunque distinzione nello *status civitatis*.

Nel diritto giustinianeo adunque non vi ha che una sola proprietà per tutte le persone capaci, e su tutte le cose che possono stare in commercio. Da questa proprietà come dall'antica quiritaria nasce una *civilis in rem actio;* e l'*actio Publiciana* è rimasta per il possessore in buona fede, per il quale fu probabilmente introdotta.

CAPITOLO III.

DELLA SERVITÙ.

Joan. d'Avesan, servit liber, thesaurus di Meermann. t. IV. p. 119. ss.—*Westphal*, de libert. et servit. praed. Lips. 1774. — *Steven*, de servit. praed., Rostock 1817. 1820.—*Luden*, la teoria delle servitù, Gotha 1837.—*Hoffmann*, la teoria delle servitù secondo il diritto romano, Darmastadt 1838. 1843.—*Ordolff*, de servitutum indole et principiis communibus, Erlangen 1844.—*Elvers*, la teoria romana sulle servitù 1855. 1856.

§. 176.

I. Natura di essa.

1) Il diritto di servitù, il più antico dei *iura in re aliena*, è un diritto reale concesso ad un determinato soggetto, che gli dà facoltà di servirsi in un qualche modo della cosa di proprietà altrui. La differenza tra il diritto di servitù e gli altri *iura in re aliena* è che, dove questi in grazia del loro contenuto ben determinato hanno sembianza spiccata, di modo che dal solo nome di enfiteusi, di superficie, di pegno si sa quali facoltà sono concesse a chi ha il diritto, quello non già; imperocchè molte e svariate facoltà possono esser concesse a quel modo, e solo nei casi concreti si può determinare il contenuto di ciascuna servitù (a).

Una seconda fondamentale distinzione è che il diritto di servitù è dato in vantaggio di un individuo, sia persona, sia cosa, esclusivamente designato; onde qualunque trasmissione da lui in altro è giuridicamente impossibile.

2) I principii generali che si possono ricavare dal concetto della servitù sono:

a) *Servitus in faciendo consistere nequit* (b). Cioè la servitù non può consistere in ciò, che il proprietario della cosa servente sia obbligato a fare una qualche opera in favore di colui che ha il diritto di servitù; ma nasce dal concetto della servitù qual diritto *in re aliena*, che il proprietario della cosa servente possa obbligarsi a soffrire o a non imprendere alcuna azione, che potrèbbe come proprietario fare o non soffrire.

b) *Nemini res propria potest servire* (c). Ciò è conseguenza del concetto dei diritti in *re aliena*, per cui è inconcepibile una limitazione di proprietà in favore dello stesso proprietario. Di qui l' altra conseguenza, che quando il fondo servente è acquistato dal proprietario del fondo dominante, la servitù termina *ipso facto.*

(a) Ved. L. 7. comm. praed. (8. 4.).

(b) L. 15. §. 1. de servit. (8. 1.). *Pomp.* Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. — L. 6. §. 2. L. 8. pr. §. 2. si servitus vindic. (8. 5.).

(c) L. 26. de servit. praed. urb. (8. 2.). *Paul.* In re communi nemo dominorum iure servitutis, neque facere quidquam invito altero potest, neque probibere quo minus alter faciat; nulli enim res sua servit.

c) *Servitus servitutis esse non potest* (d). Questo principio nasce dal carattere fondamentale delle servitù; giacchè costituire una servitù sopra una servitù, cioè fare l' uso di essa oggetto d' un altro diritto di servitù, sarebbe alienare alcun che di essenziale alla prima servitù: il che contraddice affatto alla sua natura, che essendo, com' è detto innanzi, il diritto di un designato individuo, è inalienabile, tanto più che così si disgiungerebbe l' uso dal soggetto del diritto.

d) Il diritto di servitù deve assolutamente consistere in un vantaggio fosse anche di semplice piacere per l' individuo, persona, o cosa secondo i casi: da questo principio deriva come si è detto l'inalienabilità (e), e ancora l' indivisibilità delle servitù, le quali non si possono nè in parte acquistare nè in parte perdere (f).

ANNOTAZIONI

(1) Il principio che il proprietario del fondo servente non può essere obbligato ad una positiva azione è così stabilito nelle leggi, che è inconcepibile come alcuni giuristi abbiano potuto negarne l'assoluta validità, ed altri dirlo una sottigliezza del diritto romano (g). Sebbene oggi sia generalmente ammesso essere quel principio connaturale tanto all' indole fondamentale del diritto di servitù, che dovrebbe supporsi, anche quando le leggi non lo avessero espressamente determinato, pure gli stessi scrittori che riconoscono la generalità del principio, pervengono a diversi risultati, secondo che è diverso il loro punto speculativo.

Meritano particolare attenzione i saggi, coi quali il *Thibaut* e lo *Zachariae* tentano spiegare questo principio (h). Il primo lo ricava dalla nota massima, che per mezzo di un contratto qualcuno può obbligare ad azioni positive sè stesso o il suo successore universale, ma non un terzo. Ma questa regola certissima di diritto non è punto applicabile alla teoria delle servitù.

(d) L. 1. de usu et usufr. leg. (33. 2.). *Paul.* Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. — confr. L. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8. 3.).

(e) L. 15. pr. de servit. (8. 1.). *Pomp.* Quoties nec hominum , nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia...

(f) L. 17. de serv. (8. 1.). — L. 1. §. 9. ad L. Falcid. — L. 19. de usu et habit. (7. 8.).

(g) Ved. *Hufeland*, spirito del diritto romano part. II. 2. sez.—*Abegg.* de servit. in faciendo ex iur. Rom. Regiom. 1827.

(h) *Thibaut*, Saggi I. N. 2.—*Zachariae*, Magazzino di Hugo N. 15. ved. anc. — *Luden*, o. c. pag. 15.—*Hoffmann*, o. c. pag. 8.—*Ordolff*, o. c. pag. 816.

E di vero, la sopraddetta regola dei contratti proverebbe non solo l'impossibilità che obbietto della servitù possa essere un' azione positiva del proprietario del fondo servente, ma logicamente proverebbe ancora l' impossibilità delle *servitutes in non faciendo*; giacchè per contratto il terzo non contraente o il singolare successore non può essere obbligato nè ad un' azione positiva, nè in alcuna maniera al *pati*, o al *non facere*. Oltre a che la teoria del *Thibaut* varrebbe solamente per le servitù stabilite per contratto, ma non per le servitù che vengono da un testamento, dalla legge, o dalla prescrizione.

Non è più felice il fondamento che lo *Zachariae* pone a quel principio. Egli fa dipendere tutto dalla regola, che le servitù reali consistono in un diritto concesso ad un fondo sopra ad un altro fondo; se, egli dice, si riconoscesse una *servitus in faciendo*, il padrone del fondo e non più il fondo stesso sarebbe l'oggetto della servitù. Quest' argomentazione prova troppo, e non ha importanza. È di vero per avere il concetto delle servitù *non faciendo* ovvero in *patiendo*, non bisogna ancora considerare il proprietario del fondo servente? Secondo lo *Zachariae*, si dovrebbe supporre che il fondo è determinato a soffrire o a non fare qualche cosa, il che è assurdo giuridicamente e naturalmente. Se adunque il diritto ci costringe ad affermare che l'obbligo del fondo è spesso obbligo del proprietario, deve dirsi che la regola posta dallo *Zachariae* non è esatta.

Il vero è che la massima *servitus in faciendo consistere nequit* non è essenziale alle sole servitù, ma comune a tutti i diritti *in re aliena*, come modificazioni del diritto di proprietà. L' obbligazione di fare è la caratteristica delle obbligazioni. Certamente anche i diritti reali impongono un obbligo ad ogni terzo, ma come effetto generale di qualunque diritto, non come essenza loro e contenuto speciale. Per la qual cosa sarebbe assurdo in questi diritti un obbligo positivo di un determinato terzo, come inconcepibile sarebbe in *un'actio in rem* l' *intentio*: *dare facere oportere*.

(2) La regola, che nella costituzione della servitù vi dev'essere il vantaggio del proprietario del fondo dominante, offre difficoltà per un passo di Labeone il quale legge: « Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, *etsi non utilis sit*, posse « existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea « servitus possit. Quaedam enim habere possumus, *etiamsi nobis utilia non sunt* (i).

A primo aspetto sembra che ciò distrugga interamente la regola generale che si trae dalla legge 15. h. t: ed è ancora oggi controverso come sia da conciliare la legge 19. con la 15. Il *Thibaut* crede che la legge 19 faccia una eccezione per le servitù riservate, e ragiona in questa guisa: quando io trasferisco altrui l'oggetto di mia proprietà, dipende dal mio arbitrio se io voglio trasferirglielo tutto, o se voglio riserbarmene qualche parte; inoltre è perfettamente indifferente se ciò che mi riserbo, mi sia o no utile. La servitù che è una parte intellettuale di proprietà, quando è riservata, deve valere sempre e comunque: non altrimenti che, se vendendone un' opera di sei volumi, mi riserbassi il sesto, la vendita starebbe, quantunque il sesto volume non mi sarebbe utile (k).

A questa opinione si accosta il *Gaedke*, sebbene con la modificazione, che fosse concepibile almeno una futura utilità per il proprietario del fondo dominante: ecco il suo ragionamento. Un diritto costituito non si perde, sol perchè vi sieno tali condizioni di fatto, che duranti esse quel diritto non potrebbe avere esistenza; ma solamente quando i requisiti della sua esistenza si avverino in *contrarium*, nel senso che sieno contraddetti da impossibilità assoluta. Quantunque fosse regola generale, che le servitù non possono essere costituite, se non vi fosse una qualunque utilità per il costituente, la servitù pure non si estingue mancando infatto la *utilitas*, ma solo col sopravvenire la impossibilità di questa. Quando altri a sè riserba una servitù, si ha il caso piuttosto della perdita, che dell'acquisto; poichè prima del trasferimento dell'oggetto lo stesso diritto era nel proprietario: onde per le cose anzidette, nella riserva di una servitù non si debbe fare attenzione se vi è utilità attuale per il tradente, ma piuttosto se essa sia possibile (l).

(i) L. 19. de serv. (8. 1.).

(k) *Thibaut*, diss. civil. N. 3.

Lo *Hufeland* tiene altra via: fa distinzione tra interesse ed utilità; nella regola generale si comprenderebbe solamente l'interesse, che è un elemento essenziale a tutte le servitù, le quali sarebbero di nessun momento, mancandovi l'interesse: l'utilità poi, che consiste nell'incremento vero del valore del fondo non sarebbe, secondo la legge 19, indispensabile per la costituzione di una servitù (m).

La opinione più fondata sembra essere quella, secondo cui la legge 19 non farebbe che applicare il noto principio , che non sia ostacolo alle servitù prediali, il fatto che il presente possessore del fondo dominante per condizioni sue individuali non ne ritragga nessun vantaggio , al caso che la servitù costituita per tali ragioni, non sia di utilità attuale al costituente. Da ciò si spiega perchè il giurista accenni solo a una servitù riservata; poichè fuori di questo caso pare difficile che alcuno costituisse una servitù che non gli sia attualmente di utilità (n).

§. 177.

II. Diverse specie di servitù.

1) Le servitù si possono distinguere primamente in personali e reali. Sono personali quelle costituite in vantaggio di una determinata persona, fisica o morale, e si estinguono con la morte di colui in vantaggio del quale è costituita. Si annoverano tra le specie principali delle servitù personali, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le opere de'servi e degli animali: oltre alle quali quattro specie di servitù personali si possono costituire molti diritti in vantaggio di una persona a modo di servitù, e perfettamente anche quei diritti i quali generalmente vengono costituiti come servitù reali p. e. *servitus aquaehaustus, pascendi, itineris* (a), così dette servitù anomale.

(l) *Gaedke*, an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit Rost. 1726 sect. III. pag. 20.

(m) *Hufeland*, diss. part. II. dissert. 2. pag. 88. ss. —ved. anc. *Ordolff*, cit. p. 32. ss.

(n) *Vangerow*, I. §. 338.—*Puchta*, Istit. II. §. 252.—*Puchta*, Pand. §. 178. not. h.

(a) L. 1. de servit. (8. 1.): Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. — L. 32. de usufr. (7. 1). — L. 4. 6. de serv. praed. rust. (8. 3.).—L 6. de serv. leg. (33. 3.). — L. 14. §. 3. de alim. leg. (34. 1.).

Le servitù reali sono quelle costituite in vantaggio di un determinato fondo, il quale fino ad un certo punto si rappresenta come subbietto (*praedium dominans*), dirincontro ad un altro fondo che si riguarda come obbietto (*praedium serviens*).

Le servitù reali si sogliono suddividere in servitù rustiche e servitù urbane. Ma, considerando il contenuto del diritto piuttosto che le qualità del fondo dominante o del servente, esse si possono suddividere in *servitus habendi*, *servitus faciendi*, e *servitus prohibendi*.

a) Le *servitutes habendi* sono quelle per le quali colui, in cui favore sono costituite, ha sempre sotto la sua potestà un pezzo del fondo servente; sono di questa specie le *servitutes oneris ferendi, tigni immittendi* ecc.

b) Le servitù *faciendi* sono quelle per le quali il proprietario del fondo dominante ha facoltà di eseguire qualche azione sul fondo servente: p. e. le *servitutes itineris, actus, viae* ecc.

c) Finalmente le servitù *prohibendi* sono quelle per le quali il proprietario del fondo dominante ha facoltà di vietare, che nel fondo servente si eseguisse una qualche azione; sono di questa specie le servitù *altius non tollendi, ne luminibus officiatur*.

Questa divisione, sebbene non risulti dai testi, pure è la base della divisione de' Romani in servitù rustiche ed urbane, poichè senza badare se il fondo dominante o il servente sia rustico od urbano, si può conchiudere che le servitù *habendi* e *prohibendi* sono urbane, le *faciendi* rustiche (b).

2) Queste prime divisioni sono fondamento dell' altra in servitù positive e negative; nella quale il criterio distintivo è tratto dall' obbligo del proprietario del fondo servente; poichè le *servitutes habendi* e *faciendi* sono positive, le *prohibendi* negative.

3) Le servitù sono ancora *continue*, quando vengono esercitate mediante possesso continuo, o in ogni tempo; *discontinue* nel caso contrario (c).

ANNOTAZIONE

La distinzione *in servitutes habendi, prohibendi, faciendi* è tanto più importante, che si quistiona ancora sul vero significato della distinzione in servitù rustiche ed urbane. L' opinione comune oggi è che la qualità di servitù rustica od urbana dipende dalla qualità del fondo dominante, secondochè questo è un edificio, ovvero un fondo vacuo (d). Altri invece fanno dipendere la distinzione dalla qualità del fondo servente: e finalmente altri affermano che non si può dare servitù urbana senza edificio, indipendentemente se l'edificio è il fondo dominante o il fondo servente: le servitù *praediorum rusticorum* sarebbero quelle che possono essere costituite tra due fondi vacui (e).

(b) *Vangerow*, I. §. 339. ann. II.—*Gaedke*, o. c. pag. 7.—*Stever*, l. c. I. §. 8. 9.

(c) L. 14. de servit.(8. 1.). *Paul*. Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habent certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in praediorum urbanorum observatur.—L. 7. quemadm. servit. amitt.(8. 6.).—L. 2. 5. de aq. quot. et est.(43. 20.).

Egli è certo che in nessuna parte delle leggi trovasi la definizione delle servitù rustiche, ed urbane; e solo mediante la triplice distinzione da noi seguita, la quale comprende tutte le servitù reali, senza fare questione se il nome di rustico ed urbano debba dipendere dalla qualità del fondo dominante o del servente, si possono cessare le controversie. E di vero noi definiamo servitù rustiche le *servitutes faciendi*, urbane le *servitutes habendi* e *prohibendi*. Occorre per altro particolarmente esaminare le molte obbiezioni, che possono farcisi.

1) Può mettersi in dubbio che la servitù *aquaeductus* appartenga alle servitù *faciendi*, in quanto che essa non è considerata diversamente dalla *servitus oneris ferendi, tigni immittendi;* e per conseguenza quantunque servitù rustica, apparterrebbe, secondo il nostro concetto, alle servitù *habendi*. Questa difficoltà cessa quando si consideri che questa servitù non consiste nell'avere il *rivus*, ma più veramente in ciò, che per mezzo del rivo qualcuno abbia la facoltà di condurre l'acqua dal fondo servente nel fondo dominante: invero per la *quasi possessio* di questa servitù non si richiede la esistenza del rivo, ma che il proprietario del fondo dominante avesse effettivamente per mezzo di esso condotto l'acqua nel suo fondo; e solo per questa condizione può aver luogo *l'interdictum de aqua quotidiana et aestiva*. Tuttociò mena a conchiudere che la servitù *aquaeductus* appartenga alle servitù *faciendi*, e che si distingue essenzialmente dalle servitù *habendi*.

Esaminandosi l'intiera teoria delle servitù la triplice distinzione si trova perfettamente giustificabile, quantunque fosse stata nominata strana dal *Puchta* (f). Considerando specialmente la diversità dei principii intorno al possesso, agli interdetti possessorii, al modo di estinzione per non uso ecc., che regge le varie servitù, essa non si saprà deciferare, e parrà singolare rispetto alla distinzione delle servitù in rustiche ed urbane; quanto per contrario la diversità di quei principii sarà pienamente giustificata rispetto alla distinzione da noi propugnata, che non prende a fondamento le qualità esterne dei fondi o del dominante, o del servente, ma il contenuto stesso del diritto. Oltre a ciò si potrebbe domandare: premessa la diversità de' principii che regola le servitù, come definire quella servitù, che considerata dai fonti per rustica, sia costituita per un fondo urbano; o viceversa? Tale servitù rimarrebbe sotto i principii della servitù rustica o sotto quelli della urbana? Se si qualificasse ancora per rustica, si pronunzierebbe l'insussistenza della comune teoria; essendochè una servitù rustica sarebbe costituita non per un fondo rustico, ma per un fondo urbano (g). Se poi si qualificasse per servitù urbana, e si dicesse ad esempio che la *servitus itineris* costituita per un edificio sia urbana, e sia perduta per mezzo della *usu-*

(d) *Unterholzner*, prescrizione, II. pag. 120.—*Hoffmann*, I. pag. 28.—*Zachariae von Lingenthol*, sulla distinzione nella servitù rustiche ed urbane, Heidelberga 1844. pag. 95.

(e) *Von den Pforten*, nell'archivio di pr.civ. XXII. 2.—*Sintenis*, diritto civile prat. I. pag. 567.

(f) Ved. *Puchta*, Pandette §. 183. not. (e).—Corso delle Istituzioni §. 253. not. 9.

(g) *Löhr* nel suo magaz. III. 497.—*Hoffmann*, I. pag. 200.

capio libertatis e non pel non uso, si affermerebbe che la diversità de'principii stabiliti per le servitù rustiche ed urbane non è fondata sopra le intime specialità dell'una o dell'altra servitù, ma sulla contingenza dei casi: il che non potrà essere seriamente accettato. Queste inconvenienze cessano, quando si terrà conto della triplice distinzione delle servitù reali, come si vedrà nei §§. seguenti (§. 178. 179.).

2) Grande considerazione merita la difficoltà, che secondo la nostra triplice distinzione non è concepibile, che la medesima servitù si possa considerare come rustica e come urbana; e pure ciò è riconosciuto dalle leggi non solo per l'acquedotto, ma ancora per la *servitus itineris;* e secondo un passo di Nerazio molte servitù le quali sono comunemente considerate come urbane, si qualificano come rustiche (h).

Perciò che riguarda la servitù *aquaeductus*, essa è messa certamente tra le servitù rustiche, e con tutto ciò nella legge 11. §. 1. *de publ. act.* è detto: « Si de usu» fructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus *urbanorum* praedio» rum per traditionem constitutis, vel per patientiam, *forte si per domum quis suam* » *passus est aquaeductum transduci*, *item rusticorum etc.* » essa quindi si considera ancora come urbana. Ma questo si spiega facilmente, perchè la servitù dell'acquedotto rispetto al fondo, dal quale possiamo condurre le acque è *servitus faciendi*, marispetto all'altro edificio per cui passa e sul quale poggia il nostro rivo, essa è una *servitus habendi*, ed è probabile assai che la legge citata non parli che di questo caso; per la qual cosa, in rapporto al fondo serviente è servitù rustica, urbana rispetto all'altro fondo urbano. Questa interpretazione non contraddice alla leg. 18. *de serv. praed. rust.* (8. 3.), nella quale si dice che una *via* la quale passa per più fondi, dev'essere considerata sempre come una sola servitù; da ciò non siegue che la medesima regola debba applicarsi anche all'acquedotto, la quale servitù dai diversi fondi per mezzo de'quali passa, riceve una diversa qualità.

Lo stesso non può dirsi della *servitus itineris*, ed è perfettamente erroneo che essa possa essere mai considerata come *servitus urbana;* dalla legge 7. §. 1. e 14. *comm. praed. cit.* risulta che si possa avere il passaggio anche per l'edificio altrui, ma punto non è detto che tale servitù debba allora qualificarsi per urbana.

Grande difficoltà certamente la legge 2. de S. P. R.: « Rusticorum praediorum » servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloaca habere » licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere »; e convien confessare che niuno ha saputo dare giusta interpretazione a questa legge, sulla quale tanto si è parlato e scritto. Il *Von den Pforten* ed il *Puchta* interpretano la legge come se il proprietario si avesse costituita una servitù per un edificio avvenire, ma essi neppure sono perfettamente sicuri della loro interpretazione; piuttosto è probabile che il giurista avesse usato le parole nel significato puramente locale (i), ovvero che Nerazio in questo frammento esponesse che l'*altius tollendi ecc.*, possono stabilirsi come servitù anche nei *praedia rustica;* o forse nel suo contesto, quel passo era seguito dal principio: che tali servitù in questo caso non divenivano rustiche; accettato nelle Pandette e disgiunto dal nesso, in cui era nell'opera di Nerazio, quel passo manca di quella necessaria limitazione. Checchè ne sia, è certo essere il tutto perfettamente estraneo alla questione; imperocchè, interpretata questa legge come si voglia, sarà sempre una cosa enigmatica.

(h) L. 11. §. 1. de publ. in rem. act. (6. 2.). — L. 7. §. 1. L. 14. comm. praed. (8. 4.).— L. 2. de serv. praed. rust. (8. 3.).

(i) *V. den Pforten*, l. c. pag. 17.— *Puchta*, Istit. §. 253. not. 3.

§. 178.

A. Delle servitù reali.

T. Inst. de serv. praed. (2. 3.). — D. de servit. praed. urb. (8. 2.), — de servit. praed. rustic. (8. 3.); — communia praed. tam urb. quam rusticorum (8. 4.). — C. de servitutibus et aqua (3. 34.).

Le servitù reali o prediali suppongono essenzialmente due fondi, dei quali l' uno ha l' utilità, l' altro la soggezione; onde il primo si chiama dominante, servente l' altro. L' utilità dev' essere di natura inerente al fondo dominante, cosicchè deve giovarne qualunque possessore per ciò solo che è possessore di quel fondo; invece l' utilità ristretta a quello o quell' altro possessore senza essere inerente al possesso della cosa, esce fuori del concetto della servitù reale. Diverso è poi, e non sarebbe invalidata la servitù, se alcuno dei possessori per motivi tutto speciali non potesse usufruttare il vantaggio di quel diritto, che qualunque altro potrebbe.

Da questo carattere delle servitù prediali nascono necessariamente i seguenti principii:

1) Il diritto concesso non deve mai eccedere il bisogno del fondo dominante, nè essere costituito in vantaggio di un terzo (a).

2) I fondi debbono stare in vicinanza (b): non che debbano necessariamente confinare, ma che stiano in una tale situazione da rendere possibile la trasmissione del vantaggio dall' uno all' altro; però i fondi possono pur giacere materialmente lontani, ed esser detti vicini nella speciale accettazione della parola in questa teoria.

3) La servitù deve avere una causa perpetua; o con altre parole la servitù dev' essere costituita sopra un fondo, il quale abbia in sè l' attitudine di servire, e che tale attitudine non sia temporanea, accidentale, o convenzionale, altrimenti il vantaggio non continuerebbe per qualunque possessore. È conseguenza, che non si può costituire una servitù, quando

---

(a) L. 5. §. 1. de serv. praed. rust. (8. 3.): *Ulp.* Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum, pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat; et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.—L. 24. eod.: *Pomp.* Ex meo aquaeductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare; Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est.—L. 6. pr. §. 1. de serv. praed. rustic. (8. 3.) — L. 24. eod.

(b) Ved. not. prec.—L. 12. de pign. (20. 1.).

già innanzi si conosce che non si possa perennemente esercitare: così la *servitus aquaeductus* dev' essere costituita sopra acque vive e perenni, e non sopra uno stagno, ovvero una *servitus aquaehaustus* sopra un pozzo o una cisterna, la quale fosse riempita da acqua fluente o dalla pioggia, e non dalla mano dell' uomo ecc. (c).

4) Finalmente la servitù non si può costituire nè a termine nè *ad certam conditionem;* imperocchè, se carattere delle servitù prediali è, che esse devono procurare il vantaggio non di un solo o di determinati, ma di tutti i possessori del fondo, è incompatibile affatto una condizione risolutiva o un *dies ad quem.* Questo principio davvero non ha più pratica importanza nel nuovo diritto, ed una condizione sia sospensiva sia risolutiva aggiunta può essere tutelata per mezzo di una eccezione *doli* (d).

Il modo e il tempo e l' ora in cui dev'essere esercitata la servitù può essere senza difficoltà stabilito nel contratto di costituzione. Nel caso poi che la servitù sia illimitata, colui che possiede deve esercitarla con ogni civiltà e riguardo possibile (e).

5) Le servitù reali sono indivisibili (f), quindi non possono nè in parte acquistarsi, nè in parte perdersi. Le più importanti conseguenze di questo principio sono:

a) *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non po-*

(c) L. 28. de servit. praed. urb. (8. 2.): *Paul.* Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat, neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, et si non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.—L. 1. §. 5. de aqua quot. v. aestiva (43. 20.). — L. 1. §. 4. de fonte (43. 22.).

(d) L. 4. de servit. (8. 1.): *Pap.* Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia: *quondiu volom,* constitui possunt; sed tamen si haec adiiciantur pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere.

(e) L. 4. §. 1. 2. de servit. (8. 1.). *Papinian.* Modum adiici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. §. 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis.—L. 20. §. 1. de ser. praed. urb. (8. 2.). — L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. de itin. (43. 19.).

(f) L. 8. §. 1. L. 11. L. 17. de servit. (8. 1.). *Modestin.* Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari, neque adimi via potest, et si id factum est, neque legatum, neque ademtio valet.—L. 32. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 3. 7. de servit. leg. (33. 3.). — L. 14. §. 1. de adim. leg. (34. 4.). — L. 1. §. 9. L. 7. 80. §. 1. ad leg. Falcid. (35. 2.). — L. 72. de V. O. (45. 1.). — L. 13. §. 1. de accept. (46. 4.).

test (g); se alcuno dei condomini volesse imporre una servitù sul fondo comune, la costituzione non sarà valida prima che gli altri non vi concorrono; ed è mestieri ancora che frattanto non vi fosse cambiamento nelle persone dei condomini; così ancora se tutti i condomini avessero costituita una servitù sul fondo in comune non per atto tra vivi, ma per legato, la servitù non si potrà dire costituita prima che non si apra la eredità di tutti (h). Principii analoghi regolano la costituzione di una servitù in vantaggio di un condomino.

Il principio fissato per la costituzione di una servitù è applicabile ancora per un' *obligatio ad servitutem constituendam*, onde quando uno dei condomini promette o si fa promettere la costituzione di una servitù, il contratto è inefficace, perchè egli così contraendo non potrebbe avere in mente, la costituzione della servitù riguardo al fondo, ma alla parte ideale; similmente quando il proprietario si fa promettere la costituzione della servitù, e prima della effettiva costituzione aliena parte del fondo, tutto il contratto è inefficace (i). Quando il contratto è fatto nel medesimo tempo da tutt' i condomini, nell' ultimo diritto può avere efficacia, e ciascuno de'più creditori può reclamare il diritto in *solidum*, come ancora ciascuno de' più debitori può essere egualmente convenuto; nella guisa stessa che tutti gli eredi del *promissor* sono obbligati in intiero, e ciascuno de' molti eredi dello *stipulator* ne ha il diritto in *solidum* (k).

Da siffatti principii e dall' altro, che non si può tenere diritto di servitù sulla cosa propria, nasce la conseguenza, che non si può acquistare servitù pel fondo proprio sopra un fondo in condominio, nè acquistarla per questo sul fondo proprio ad uno dei comproprietarii. E per converso, quando il proprietario del fondo dominante addiviene comproprietario del fondo servente, od il proprietario del fondo servente comproprietario del fondo dominante, la servitù non si estingue, perchè si dovrebbe estinguere in parte, e ciò contraddirebbe al principio della indivisibilità delle servitù (l).

(g) L. 2. de servitut. (8. 1.).

(h) L. 11. de servit. (8. 1.).— L. 18. comm. de servit. (8. 4.). *Paul.* . . . . . Idemque dicendum est, et si alter cedat, alter leget servitutes; nam si omnes socii legent servitutes, et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici, utile esse legatum; si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit, nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.

(i) Ved. not. (f). — L. 19. de servit. praed. rust. (8. 3.). — L. 136. §. 1. L. 140. §. 2. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea, fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.

(k) L. 17. de servit. (8. 1.). *Pompon.* Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est; et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt; et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est. — L. 19. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 4. §. 3. 4. si servitus vind. (8. 5.). — L. 25. §. 9. 10. fam. hercis. (10. 2.).—L. 7. de servit. leg. (33. 3.). — L. 80. §. 1. ad leg. Fal. (35. 2.). — L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.). — *Vangerow*, I. §. 340.—*Hoffmann*, I. pag. 74.

6) Il diritto della servitù reale è così congiunto al fondo dominante, che si trasmette con esso, nè la trasmissione della servitù senza il fondo sarebbe concepibile (m).

7) Finalmente il possessore del fondo servente deve permettere a colui che esercita il diritto di compiere quanto è necessario all'esercizio della servitù, quantunque ciò non fosse nominatamente compreso nella costituzione di essa (n).

ANNOTAZIONE

È controverso se e fino a qual punto debbasi accettare una concorrenza di uso da parte del proprietario del fondo servente.

Senza dubbio nelle servitù urbane, cioè nelle *habendi* e *prohibendi*, non vi può essere questa concorrenza di uso, poichè in queste servitù la facoltà concessa si rappresenta affatto distaccata dal complesso dei diritti di proprietà. Non così nelle servitù rustiche, ossia nelle *faciendi*, nelle quali il proprietario del fondo servente potrebbe benissimo concorrere nell'uso con chi ha il diritto di servitù; ed è riconosciuto che lo possa, con preferenza nondimeno in ogni caso a colui che ha il diritto medesimo. L'applicazione di questo principio è difficile in alcuni casi, quando la servitù reale è costituita senza determinazione di esercizio; così se un *ius pascendi* è costituito come servitù prediale indeterminatamente, e il prato non è sufficiente per le gregge dei due proprietarii, si fa questione chi e fino a qual punto debba essere preferito. Alcuni opinano che in questo caso tanto il proprietario del fondo servente, quanto l'altro devono, secondo decisione di periti, egualmente ed in proporzione ridurre le gregge: argomentando dalla legge 13. §. 1. *comm. praed.* (8. 4.), nella quale si limita l'esercizio di *ius lapides in alieno caedendi* indeterminatamente costituito, nel senso che al *dominus* non sia tolto nè l'uso necessario, nè la commodità (o).

Bisogna ciò non ostante decidersi assolutamente contro una simile opinione; imperocchè se il diritto della servitù è indeterminato, ciò vuol dire, che esso debbe essere esercitato, come generalmente tutte le servitù reali, finchè non si ecceda il bisogno del fondo dominante: onde colui in favore del quale è costituita la servitù può pretendere di menare al pascolo tante pecore, quante sieno bisognevoli al suo fondo, senza riguardo se e quanto pascolo resti pel bestiame del proprietario del fondo servente. La legge 13. §. 1. cit. non può essere addotta, come quella che non parla propriamente di un diritto di servitù, sivvero del caso che per consuetudino sia ammesso, poter chiunque, mediante pagamento di una certa somma al proprietario fare lo scavo di una cava di pietre: ed a questo proposito è detto « ita tamen « lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei iure domino adimatur ». Nè può citarsi la legge 13. §. 1. *de serv. praed. rust.* secondo la quale quando è legata una *servitus viae sine ulla determinatione, arbiter dandus est, qui viam determinare debet;* imperocchè questo si spiega dal noto principio che anche il diritto illimitato di servitù deve esercitarsi moderatamente.

(l) L. 6. §. 3. commun. praed. (8. 4.). — L. 8. §. 1. de servit. (8. 1.). *Paul.* Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes aquiri non poterit. — L. 140. §. 2. de V. O.

(m) L. 36. de serv. praed. rust. (8. 3.). — L. 44. locati (19. 2.). *Ulp.* Locare servitutem nemo potest.

(n) L. 20. §. 1. de servit. praed. urb. (8. 2.). — L. 10. de servit. *Celsus.* Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo ita facere, Proculus ait. — L. 3. §. 3. de servit. praed. rust. (8. 3.). — L. 11. comm. praed. (8. 4.). — L. 3. §. 16. L. 4. pr. de it. act. privat. (43. 19.).

(o) Ved. *Glück.* X. pag. 180. — *Seufert.* diss. II. p. 46. ss.

2) Delle servitù reali in particolare.

§. 179.

a) Servitutes praediorum rusticorum.

Le servitù rustiche, che consistono nel permettere al proprietario del fondo dominante di compiere determinate azioni sull'altrui fondo, possono essere costituite per tre cause: 1.ª per rendere possibile l'esercizio dei diritti di proprietà, 2.ª per accrescere, 3.ª per facilitare il godimento di questa. Qualunque diritto conceduto al proprietario vicino per alcuno di questi scopi può costituirsi a modo di servitù; onde queste sono infinite.

Le principali servitù rustiche rammentate nelle leggi sono le seguenti:

1) Le servitù di via, distinte nelle *servitutes itineris, actus, viae* (a).

a) L'*iter* è il *ius ambulandi hominis*, cioè è il diritto di passare sul fondo altrui per andare al proprio; il quale passaggio dovrà farsi a piedi, se l'atto di costituzione dice espressamente così, ovvero, se l'esercizio ne fu determinato per luoghi dove non altrimenti potrebbe andarsi (b), a cavallo ancora ed in lettiga, e se i luoghi determinati al passaggio non sieno naturalmente disadatti all'uso di quei mezzi.

b) L'*actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum*, il diritto cioè di condurre il bestiame o andare in veicolo pel fondo del vicino. Questa servitù è modificabile per contratto; quando nulla fu determinato, essa contiene nel medesimo tempo l'*iter*, cioè non solamente quanto è necessario pel suo esercizio, ma ancora la facoltà di andare pel fondo ad uno scopo qualunque senza *vehiculo et sine iumento: qui actum habet et iter habet etiam sine iumento* (c): private disposizioni possono però sempre dividere il *ius itineris* in quest'ultimo significato dalla servitù *actus* (d).

(a) Pr. Inst. de servitut. (2. 3.). Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aequaeductus. Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel veiculum. Actus est ius agendi iumentum vel vehiculum; itaque qui habet iter, actum non habet: qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento. Via est ius eundi, et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est ius aquae ducendae per fundum alienum. — L. 1. pr. h. t. (8. 3.).

(b) Pr. Inst. — cit. ved. not. prec. — L. 1. h. t. cit. — L. 7. pr. L. 12. h. t. (8. 3.). — L. 4. §. 1. de servit. (8. 1.).

c) La *servitus viae* si distingue dall'*iter* e dall'*actus*, però che suppone essenzialmente una ben determinata strada che nella linea retta dovrebbe essere di 8, e di 16 piedi nelle curve (e). Perciò che riguarda il contenuto, principalmente si comprendono in essa le medesime facoltà che nelle servitù *iter* e *actus*, ma assai meno limitate: imperocchè in queste due servitù il diritto è ristretto all'andare a piedi, ovvero con animali o con veicoli; la via per soprappiù comprende anche la facoltà di trasportar pietre ed ogni sorta di materiale; in una parola le prime consistono nel diritto *eundi et agendi*, la servitù di via nell'avere una strada nel vero significato della parola (f).

Nella *servitus viae* è determinata la strada, non così nelle altre servitù di questo genere almeno per regola: se non che in queste si ha facoltà di sciegliere il luogo più opportuno per esercitare sempre *civiliter* il proprio diritto, purchè il proprietario del fondo servente non l'abbia già determinato; nascendo controversia, decide il giudice (g).

2) Vengono in secondo luogo le servitù di acqua, nelle quali sono da distinguere le seguenti :

a) La servitù *aquaeductus*, essenzialmente consiste nel diritto di condurre le acque per fondo servente nel dominante (h), indifferente il modo, come per canali di pietra o per altri mezzi stabiliti; essa è variamente qualificata secondo le condizioni fissate nell' atto della costituzione, così si dirà *aqua quotidiana*, se il diritto può essere in ogni tempo esercitato; *aqua aestiva*, se nella sola stagione di state; *diurna* se solo di giorno; *nocturna* se solo di notte (i).

(c) Pr. Inst. ved. not. (a).—L. 1. cit. L. 7. 12. h. t. (8. 3.).— L. 4. § 1. de servit. (8. 1.).— L. 2. quemadm. servit. amitt (8. 6.). — L. 58. de V. O. (45. 1.).

(d) L. 4. §. 1. si servit. vind. (8. 5.). *Ulp.* Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

(e) L. 8. 13. §. 2. 3. L. 23. pr. h. t. (8. 3.). *Gai.* Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim. L. 13. § 2. *Iavol.* Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est. In via aliud iuris est, nam si dicta latitudo non est, legitima debetur. — L. 6 quemadm. serv. amitt. (8. 6.).

(f) L. 7. pr. h. t. *Paul.* Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur; iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumenta agere potest; sed trahendi lapidem, aut tignum neutri eorum ius est. Quidam, nec hastam rectam ei ferri licere, quia nec eundi, nec agendi gratia id faceret, et possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi agendique ius habent; plerique et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.

(g) L. 13. §. 1. 2. *Iavol.* Si totus ager itineri vel actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant. At si iter actusve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur; et quo primum iter determinatum est, ea servitus consistit, ceterae partes agri liberae sunt. Igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet. — Ved. not. (e).

Come contenuto necessario di questa servitù si deve porre anche la facoltà di far passare nel fondo altrui i canali, le canne di metallo, e in una parola tutto quanto serve all'esercizio della servitù (k). È d'avvertire che la facoltà concedente la servitù di aquedotto è solo di porre canali di metallo o di legno, e non quella di averne uno di pietra; poichè, essendo questo più della servitù, ha bisogno di essere espressamente determinato nel contratto (l). Essendo una servitù reale, l'acqua dev'essere esclusivamente addetta al vantaggio del fondo dominante e non di altro, nemmeno al giovamento del proprietario (m). La servitù di aquedotto può essere de-

---

(h Pr. Inst. h. t. — ved. not. (a). — L. 1. §. 1. h. t.

(i) L. 5. pr. de aqu. quod. et aest. (43. 20. . *Iulian*. Quum constet, non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi, potest eodem tempore alius quotidianam, alius aestivam aquam ducere, ita ut aestate dividatur inter eos aqua, hieme solus ducat is, qui quotidianae ius habent.—Pare che *Ulpiano* intenda in altro senso la differenza tra *aqua quotidiana* ed *aestiva*, e propriamente non come una differenza giuridica, ma per riguardi economici, e di opportunità. *Ulp.* L. 1. §. 3. eod. . . . Aestiva autem ea est, quae aestate sola uti *expedit, sicuti dicimus vestimenta aestiva, saltus aestivus, castra aestiva, quibus interdum etiam hieme, plerumque autem aestate utamur.* Ego puto probandum ex proposito utentis, et ex natura locorum aqua aestiva a quotidiana discerni; nam si sit ea aqua, quae perpetuo duci possit, ego tamen aestate sola ea utar, dicendum est, hanc aquam esse aestivam. Rursus si ea sit aqua, quae non nisi aestate duci possit, aestiva dicetur; sed et si ea sint loca, quae natura non admittant aquam nisi aestate, dicendum erit, recte aestivam dici. — Da queste ultime parole si scorge che non è questa legge affatto in contraddizione con la precedente, poichè in questa *Ulp.* ha voluto avvertire diversi significati delle parole *aqua aestiva*, e non esclude affatto, come altri pretende, il senso di *Giuliano;* di guisa che la legge di quest'ultimo giureconsulto è integrata da quella di *Ulpiano;* cioè s'intenderà per *aqua aestiva* nel senso di *Giuliano* quella, che non si può usare per contratto, e non quella di cui l'uso è escluso per volontà dell'utente, o per natura del luogo. — Ved. anc. L. 2. § 1. h. t.

(k) L. 15. h. t. *Pompon*. Quintus Mucius scribit, quum iter aquae, vel quotidianae, vel aestivae, vel quae intervalla longiora habeat, per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret; et quod vellet, in rivo facere licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.

(l) L. 17. §. 1. de aqua et aqu. (39. 3). *Paul*. Recte placuit, non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda comprehensum sit; non enim consuetudinis est, ut, qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat. Illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

(m) L. 24. h. t. *Pompon*. Ex meo aqueductu, Labeo scribit, cuilibet me posse vicino commodare; Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est.

terminata a servirsi dell'acqua altrui, ovvero a cercare l'acqua nel fondo altrui, e condurla nel proprio (n). Nel primo caso originariamente questa servitù non poteva essere costituita che sopra una fonte, più tardi non si tenne più necessaria questa condizione, dato per altro che la servitù avesse una causa perpetua (o).

La servitù di aquedotto può essere ceduta per più fondi, e la stessa acqua, e nello stesso canale, dato che non sia leso il diritto anteriormente esistente; il modo di servitù sarà oggetto di private convenzioni (p);

b) La *servitus aquaehaustus* consiste nel diritto di attingere direttamente l' acqua dal fondo vicino, e nella facoltà necessaria di camminare pel fondo servente ed andare alla fonte (q);

c) La *servitus pecoris ad aquam appulsus* consiste nel diritto di condurre ad abbeverare nel fondo del vicino il bestiame destinatoalla coltura di un altro determinato fondo (r). Come la servitù antecedente implica l'*iter*, questa implica l'*actus*.

3) Altre facoltà possono essere costituite come servitù; così vengono la servitù di pascere il bestiame destinato alla coltivazione del fondo dominante (s): la *servitus calcis coquendae, arenae fodiendae*, ecc. (t).

(n) L. 10. h. t. *Paul.* Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat; nam si liceat non dum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aeque liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? Etsi ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.

(o) L. 4. de aqu. quotid. et aest. (43. 20.). *Iulian.* Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi; quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat, et si putaveris, posse cedi per eundem aquaeductum duobus, quemadmodum uti debeant. Respondit, sicut iter, actus, via pluribus cedi vel simul, vel separatim potest, ita aquaeducendae ius recte cedetur; sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum, utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit. — L. 1. §. 7. 8. eod.— L. 9. h. t. *Paul.* Servitus aquaeducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest; hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.

(p) L. 4. de aqua quot. et aest. (43. 20.). — Ved. not. preced.

(q) L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 3. §. 3. L. 9. h. t.—*Ulp.* L. 3. §. 3. Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum; et ut ait Neratius libro tertio Membranarum, sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit; sive tantum hauriendi inesse et aditum; sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustus. Haec de haustu ex fonte privato; ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi, haustum non oportere; et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere.

(r) L. 1. §. 1. L. 4. eod. *Papin.* Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

(s) L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. 6. §. 1. eod. *Ulp.* In rusticis computanda sunt aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

(t) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. eod. — Ved. not. preced.

§. 180.

b) Servitutes praediorum urbanorum.

Le servitù urbane comprendono così quelle che permettono al proprietario del fondo dominante di tenere in sua potestà un pezzo del fondo servente *(servitus habendi)*, come quelle che abilitano il primo d'impedire al proprietario dell'altro determinate azioni *(servitus prohibendi)*.

1) Appartengono alla prima specie le seguenti:

a) La *servitus oneris ferendi* consiste nelle facoltà di appoggiare il proprio edificio sul muro o sulla colonna altrui. Questa servitù ha di particolare che il proprietario del fondo servente deve riparare nei modi stabiliti nell' atto di costituzione il muro, o la colonna che sostiene l' edificio (a); altrimenti il proprietario del fondo dominante ha diritto di fare le riparazioni necessarie, e di respingere le opposizioni dell' altro con l' interdetto *de itinere reficiendo*. Quest' obbligo del proprietario del fondo servente non è strano, nè fa eccezione alla massima: *servitus in faciendo consistere nequit;* imperocchè sta nella natura stessa di questa servitù, che il muro, su cui fonda l'edificio, debba restare in perpetuo atto a sostenerlo, e non è lecito quindi al proprietario del fondo servente di trascurarlo in modo che rovini l' edificio; d' altra parte l'obbligo non è personale, ma ha origine dalla cosa; cessa qualora si abbandoni la proprietà (b).

b) La *servitus tigni immittendi* consiste nelle facoltà d'immettere una parte del nostro edificio nell' altrui; questa servitù differisce dalla prima in ciò, che il proprietario del fondo servente non è obbligato a fare nessuna riparazione (c).

(a) L. 33. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 6. §. 2. 5. 7. L. 8. pr. §. 2. si servit. vind. (8. 5.). *Ulp.* Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensum est. Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet; nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem, ad onera sua sustinenda. Labeo autem, hanc servitutem non hominem debere, denique licere domino rem derelinquere, scribit.

(b) L. 6. §. 2. in fin. eod.—ved. not. prec.—*Mühlenbruch*, arch. di prat. civ. XIV. §. 32.—*Luden*, o. c. §. 20. 51.

(c) Ved. not. (a).—§. 1. Inst. h. t.—L. 6. 2. h. t. *Gai.* Urbanorum praediorum iure talia sunt; altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi; item stillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini aut non avertendi; item immittendi tigna in parietem vicini, et denique proiiciendi protegendive, ceteraque istis similia.—L. 242. §. 1. de V. S. (50. 16). — L. 18. §. 2. quemad. serv. (8. 6.).

c) La *servitus proiiciendi* consiste nella facoltà concessa al proprietario del fondo dominante di far sporgere una parte del proprio edificio verso l' altrui, senza che vi si appoggi (d).

d) La *servitus protegendi* consiste nel fabbricare un tetto nell' aria del vicino per proteggere il proprio edificio dalla piogga (e).

e) Oltre queste molte altre vi sono le quali non han bisogno di speciale menzione; come la *servitus stillicidii, fluminis recipiendi*, per lasciar cadere sull'altrui fondo l'acqua piovana sia a gocce, sia a torrente (f). In questa servitù il proprietario del fondo servente non deve imprendere atto, che ne impedisca la servitù come non fabbricare fino alla origine dello stillicidio (g). Similmente il proprietario del fondo dominante non deve rendere più grave la servitù; ed, essendo stato riconosciuto essere meno gravosa pel fondo servente l'acqua che scende dall'alto, l'utente non potrà rendere più bassa la caduta delle acque piovane (h). È da rammentare ancora la *servitus cloacae, fumi, latrinae*, consistenti nel poter dirigere il fumo, gettare l'acqua sporca, od aprire una fossa da letame nel fondo vicino (i), e finalmente quella di aprire una finestra nel muro altrui, servitù che si può costituire anche per una futura edificazione del muro (k).

2) Appartengono alle *servitus prohibendi* le seguenti:

a) La *servitus altius non tollendi* consiste nel diritto d'impedire al vicino l' elevamento del suo edificio (l).

b) La *servitus ne luminibus* e *ne prospectui officiatur*, consistente nel diritto d'impedire che il proprietario vicino operasse in guisa da che menomare la luce o togliere il prospetto all'edificio dominante (m) (1).

(d) L. 2. h. t. (8. 2.). — ved. not. prec.

(e) L. 2. cit. ved. not. (c). — L. 29. §. 1. ad. leg. Aquil. (9. 2.).

(f) §. 1. Inst. de servit. (2. 3.). — L. 2. ved. not. (e). 17. §. 3. L. 28. in fin. h. t.

(g) L. 20. §. 3. h. t. *Paul.* Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedificare, ubi casitare coepisset stillicidium.

(h) L. 20. §. 5. eod. *Paul.* Stillicidium, quoque modo acquisitum sit, altius tolli potest; levior enim fit eo facto servitus, quum quod ex alto cadit, lenius et interdum direptum; nec perveniat ad locum servientem; inferius dimitti non potest, quia fit gravior servitus, id est pro stillicidio flumen.

(i) L. 8. §. 5. L. 17. §. 2. si servit. vind. (8. 5.). — L. 7. de servit. (8. 1.). — L. 40. h. t. L. 1. §. 4. de cloacis. (43. 23.).

(k) Ved. §. 179. not. (n).

(l) L. 2. h. t. ved. not. (o). — §. 1. Inst. de servit. (2. 3.).

(m) L. 3. 4. 15. 16. 17. §. 1. 2. L. 23. pr. h. t. *Ulp.* L. 15. Inter servitutes ne luminibus officiatur, et ne prospectus offendatur, aliud et aliud observatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant; quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur; opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat. — §. 2. Inst. de act. (4. 6.).

Finalmente le servitù menzionate nei testi non sono che esempii, e perciò anche altri diritti possono essere costituiti a modo di servitù, tanto rustiche quanto urbane (2).

ANNOTAZIONE

(1) In che consiste la *servitus luminum* e come si distingue dalle altre servitù affini si raccoglie dalla legge 4. h. t., una delle più controverse del *corpus iuris* ed occasione di molte monografie (n). Questa controversia, che in fondo ha poco importanza positiva, è definita dalla maggior parte dei giuristi in modo, che la *servitus luminum* non sia altro se non lo stesso *ius luminis immittendi*, cioè il diritto di aprire una finestra nel muro comune o altrui (o).

Simile a questa controversia è l'altra: se la *servitus prospectus* debba distinguersi dalla *servitus ne prospectui officiatur*. Oggi credesi comunemente che la prima non sia differente dalla seconda, e che le espressioni *servitus prospiciendi* del §. 2. Inst. de act. (4. 6.), *servitus de prospectu* della legge 12. h. t., e *servitus ne prospectui officiatur*, *ne prospectui offendatur*, *prospectui obsit* nelle LL.3. 15. h. t. L. 5. pr. de op. nov. nunc. (39. 1.) non sieno che diversi nomi della medesima servitù (p).

(2) Nei testi è da notare che il contrario di una servitù urbana è determinato come un'altra servitù: così presso alla *servitus altius non tollendi* vi è la *servitus altius tollendi*; presso alla *servitus ne luminibus officiatur* è ammessa l'altra *luminibus officiatur;* presso alla *stillicidi avertendi* la *stillicidi non avertendi*. Ma in nessun testo è poi definito il carattere ed il fondamento giuridico di queste servitù, onde questo punto è soggetto di serie controversie. Il *Cujacio*, principalmente tra gli antichi, e molti dei moderni giuristi ammettono che l'estinzione di un diritto di servitù urbana si rappresenti come la costituzione di una servitù contraria. Tale opinione, sebbene fortemente combattuta in questi ultimi tempi, sembra essere la sola vera.

È indubitato che a primo aspetto è questa l'idea prima di chi senza presupposti si fa a leggere quei passi; tanto più che queste servitù sembrano a bella posta esprimere nella loro contraddizione il termine delle prime, essendo composte delle medesime parole aggiunto o tolto un semplice *non: ut stillicidium vel flumen recipiat quis...., vel non recipiat.... altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi, item stillicidium avertendi... aut non avertendi* (q). A tutto ciò si

---

(n) V. *Feuerbach*, Saggi civili n. 1.—*Dabelow*, sulla *servitus luminum* contro il professore *Fenerbach*, Halle e Lipsia 1804.—*Stever*, de servitnt. cap. III. §. 6. seq. — *Griesinger*, de servitut. lum. et ne lum. off. Reutl. 1819.—*Goldschmidt*, Archiv. di prat. civ. V. 18.—*Luden*, op. cit. §. 24.—*Fahne*, il diritto delle finestre e de' lumi, Berl. 1835. 2. ediz. 1840. §. 2. 7. — *Hoffmann*, o. c. I. pag. 105. — *Vangerow*, I. §. 342. annot. 1.

(o) *Mühlenbruch*, comp. II. §. 278.—*Mackeldey*, §. 289.—*Malblanc*, *princ. iuris rom.* II. §. 278.—*Puchta*, Sistem. §. 90. ecc.—*Griessinger*, o. c. append. l. c. 1. pag. 223.

(p) §. 2. Inst. de act. (4. 6.).— §. 2. Inst. de servit. (2. 3.). — L. 1. pr. L. 2. h. t.—L. 2. de serv. praed. rnst. (8. 3.). — L. 26. de except. rei ind. (44. 2.).— confr. L. 21. h. t.—L. 20. pr. de servit. praed. rust. (8. 3.).—*Gai.* Inst. II. 31. IV. 3.

(q) *Cujac.* not. ad §. 2. Inst. de act. (4. 6.).—*Dirksen*, giornale per la scienza storica dei

Google

aggiunga che Teofilo, volendo determinare il concetto di queste servitù, ha espresso perfettamente questa opinione (r). È naturale che coloro i quali combattono questa dottrina attribuiscono un errore a Teofilo: ma bisogna andare molto guardinghi, nel riprovare la opinione di Teofilo; come compilatore delle Istituzioni è un miglior giudice dei moderni giuristi, e l' esperienza ci ha insegnato in questi ultimi tempi che tutte le opinioni di Teofilo credute erronee fino al passato secolo, si sono provate giustissime dopo la scoverta delle istituzioni di Gaio ed altri testi importanti (s).

Oltre queste ragioni puramente esteriori, ma che pure hanno un certo valore, l' opinione che difendiamo è pienamente giustificata dal carattere giuridico delle servitù urbane. Non possiamo sconvenire essere una potente ragione in contrario, che l'estinzione di un diritto di servitù fa ritornare il fondo alla naturale libertà, al dominio illimitato, che non si concilia col concetto di servitù, ossia di una novella limitazione. Bisogna ricordarsi però che nel diritto romano la costituzione di una servitù urbana pone, che una parte intellettuale di proprietà è staccata dal fondo servente e congiunta al dominante. Considerando adunque che il proprietario del fondo servente, per ottenere che si estingua una servitù urbana costituita sul suo fondo, deve riacquistare quella parte intellettuale perduta, che può dirsi ora *aliena*, non suonerà più contraddittoria che la estinzione di una servitù urbana si rappresenti come l' acquisto di un diritto positivo, ovvero come la costituzione di una servitù contraria. Per conferma di ciò appunto nelle servitù urbane è necessaria l' *usucapio libertatis*, il cui carattere essenziale è, che il proprietario del fondo servente potrà sulla via della prescrizione acquisitiva riacquistare quella parte ideale staccata dalla sua proprietà e congiunta alla proprietà dominante. Pure si è voluto trovare un argomento contrario nelle espressioni adoperate in rapporto all' usucapione sopraddetta, e propriamente dalla legge 4. §. 28. *de usucap.* (41. 3.). « *Libertatem servitutum* usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex « Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, *quae libertatem praestat sublata servitute* ». Questo argomento ha poca importanza considerando, che queste diverse espressioni non accennano a diversità di diritti, ma a diversità di subbietto; allora consiste in fatti la libertà di un fondo, quando il proprietario stesso ne ha tutti i diritti, la servitù invece, quando un altro può usare qualcuno di quei medesimi diritti che spetterebbero al proprietario; nè è assolutamente sconosciuto ai Romani il principio di vedere in una *usucapio libertatis* una *usucapio servitutis* (t).

Dalla dottrina da noi sostenuta nasce che l'azione per stabilire il *ius aedes suas tollendi* è la confessoria, e ciò non contraddice alla legge 4. §. 7. *si serv. vind.* (8. 5.) secondo la quale al medesimo scopo è rammentata un' *actio negatoria*; imperocchè l' ultima ha luogo, qualora il diritto di edificare più alto sia conseguenza dell'illimitato diritto di proprietà; val dire quando non vi era servitù in contrario, la

---

diritto II. pag. 418.—*Mackeldey*, §. 289. not. h. k.—v. anc. *Schweppe*, comp. II. pag. 175.—*Mühlenbruch* §. 277.

(r) §. 1. Inst de servit. (2. 3.). — L. 2. h. t.

(s) *Theof.* ad §. 1. Inst. cit.

(t) L. 32. §. 1. de serv. praed. urb. *Iulian.* Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; quare, si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit; integro statuto tempore libertatem usucapiet: natura enim *servitutum* ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem *earum habere, qui aedes possidet.*

prima quando il diritto *altius tollendi* si fonda sul riacquisto della libertà di elevare (u). Quest' azione afferma naturalmente un principio positivo nella formola: *ius actori esse altius tollere.*

Comunemente s' intende per la servitù *altius tollendi* il diritto di edificare più alto di quello ch' è permesso per legge, considerato il vantaggio del vicino. Per ammettersi questa opinione fa mestieri provare che tali leggi di edificare a una certa misura esistessero generalmente in Roma, che appartenessero al diritto privato piuttosto che al publico, e che potessero essere abolite per mezzo di private disposizioni; ma ciò non si è provato ancora (v). D' altra parte la legge di edificare a una certa misura, che naturalmente limita il diritto di ogni proprietario di disporre liberamente della sua cosa, è concepibile come una servitù legale *altius non tollendi;* se dunque per estinguere questa servitù è prescritta la costituzione di una servitù contraria, perchè non dovrebbe essere il medesimo per l'estinzione di una servitù fissate da private disposizioni?

Più apparenza di vero ha l' opinione che circoscrive il *ius altius tollendi* al solo caso di una estinzione parziale di una servitù, pel principio che la servitù non si può acquistare nè perdere in parte, una parziale estinzione sarebbe solamente possibile con la costituzione di una servitù contraria (x). Non si potrebbe contraddire con ragione ad una simile opinione; ma il principio che la giustifica, essere la servitù urbana una parte ideale di proprietà aggiunta al fondo dominante, giustifica benanche la dottrina più larga, che l' estinzione parziale o totale di una servitù urbana è compiuta per mezzo della costituzione di una servitù contraria (y).

2) Delle servitù personali.

§. 181.

a) Dell' usufrutto.

T. Inst. de usufructu (2. 4.). — D. de usufructu et quemadmodum quis utatur. fruatur (7. 1.).— C. de usufructu (3. 33.).— Vat. Fragm. §. 41. sqq.—*Galveanus*, de usufructu diss. var. Pat. 1650. Tübing, 1788.—*Noodt*, de usufr. libr. II. ved. app. tom. I. pag. 337. sqq. — *Maiansii*, disqq. n. II.

I. L' usufrutto è definito dalle leggi *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia;* ossia una servitù personale che dà ad una determinata persona il diritto di usare la cosa altrui e percepirne i frutti senza toccarne la sostanza. Colui il quale ha questo diritto appellasi usufruttuario, o anche fruttuario; e ciò che resta al proprietario è *nuda proprietas*, ed è perciò appellato *dominus proprietatis*, o *proprietarius* (a).

(u) §. 2. Inst. de act. (4. 6.).—*Gai*. Inst. IV. 3.

(v) *Schilling*, osserv. sulla stor. del diritto romano, pag. 149. Lips. 1829.—*Dircksen*, nel giornale per la scienza storica del diritto.

(x) *Puchta*, corso delle Istit. II. 253.

(y) *Vangerow* I. §. 342. ann. 3.

(a) L. 1. pr. §. 3. L. 2. 15. §. 6. L. 17. h. t.—L. 14. §. 1-3. de usu.(7. 8.).—§. 1. 3. Inst. h. t.

Il diritto di usufrutto è divisibile; può essere costituito sopra una parte intellettuale, restando piena la proprietà delle altre parti; più ancora non è incompatibile l'usufrutto di molti nel medesimo tempo sulla stessa cosa *(partes pro indiviso)*.

II. In virtù di questa servitù personale l'usufruttuario ha il diritto di godere ampiamente della cosa, cioè non è limitato al solo godimento secondo la natura di essa, ma si estende a tutti i frutti sì naturali che civili (b).

Secondo questi principii bisogna stabilire la natura e la estensione dell'usufrutto sulle diverse categorie delle cose serventi.

1) L'usufruttuario acquista la proprietà dei frutti naturali per mezzo della percezione, i figli del bestiame per mezzo della separazione dal corpo materno. Il suo diritto si estende ancora a tutti i frutti pendenti al tempo della costituzione dell'usufrutto (c).

2) Se ad usufrutto fu dato un bosco, dipende dalla natura di questo il determinare i diritti dell'usufruttuario e specialmente: se la *silva* è *caedua*, ossia se la rendita consiste semplicemente nel taglio delle legna, l'usufruttuario ha diritto di usare di esse non solamente per l'uso della propria persona, ma ampiamente anche vendendole (d). La limitazione unica si deve ricacciare dal concetto stesso della servitù di usufrutto, cioè l'usufruttuario non deve per tagliar legna deteriorare il bosco, ma fare i tagli secondo la natura degli alberi e l'uso del paese. Che se la *silva* è *caedua* nel più stretto significato della parola, ossia «*quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur*» il diritto dell'usufruttuario decisivamente è di tagliare ed appropriarsi le legna senza essere obbligato a nessuna restituzione *(etiam si intempestive caesa sit)* (e). In caso che la *silva* non è *caedua*, ossia che gli alberi non sono destinati per legna,

---

(b) L. 7. pr. L. 13. pr. h. t. *Ulp.* Usufructu legato omnis fructus rei ad usufructuarium pertinet. Et aut rei soli, aut rei mobilis ususfructus legatur.

(c) L. 28. de usur. (22. 1.). *Gai.* In secundum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus, et lana. Itaque agni, et hoedi, et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessores et fructuarii. — L. 12. §. 5. L. 27. pr. 48. §. 1. L. 68. h. t. *Ulp.* Iulianus libro trigesimo quinto digestorum tractat: si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? Et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiuntur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. — §. 36. 37. Inst. de div. rer. (2. 1.). — L. 120. de legat. (30.).

(d) L. 9. §. 7. h. t. *Ulp.* . . . . Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti; ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi.— L. 22. pr. de usu et hab. (7. 8.).

(e) L. 48. §. 1. h. t. *Paul.* Silvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat, sicut olea immatura lecta, item foenum immaturum caesum in fructu esse.—L. 30. pr. de V. S. — conf. L. 42. de usu et usuf. leg. (33. 2.).

l'usufruttuario non avrà certamente il diritto di fare tagli: ma con tuttociò può servirsene acconciamente per la coltivazione del fondo: come fare pali per la vigna, o bronconi per gli alberi da frutti sulla misura di un diligente coltivatore, purchè non deteriorasse il fondo e non tagliasse i pali dagli alberi di alto fusto (f).

III. In rapporto alla cosa l'usufruttuario ne ha l'uso, senza diritto nè di usare oltre la natura di essa, nè d'imprendere qualsiasi modificazione, e cambiamento nella coltura senza espresso consenso del proprietario, purchè non fossero di quelle modificazioni le quali sono effetto dell'uso e dello scopo dell'usufrutto stesso; su questo punto l'uso secondo la qualità dall'oggetto meglio si determina *arbitratu boni viri* (g) (1). Similmente l'usufruttuario potrà impedire allo stesso proprietario qualunque cambiamento potesse pregiudicare il suo diritto (h). L'usufruttuario potrà usare delle accessioni della cosa principale, purchè le sieno riunite, egli non avrà diritto se fosse l'accessorio staccato dal principale come è per esempio l'isola nata in mezzo al fiume (i).

IV. In rapporto al diritto stesso l'usufruttuario è libero di disporne l'esercizio in favore di qualunque terzo, sia per liberalità, sia mercè corrispettivo, ma non potrà alienare il diritto stesso eccetto al vero proprietario; e molto meno potrà disporre in favore altrui di alcun diritto sulla cosa medesima (k). D'altra parte il proprietario potrà pienamente disporre della sua *nuda proprietas* in qualunque modo; ma non potrà da sè solo disporre in favore altrui di qualunque diritto sulla cosa, che potesse pregiudicare le ragioni dell'usufruttuario (l).

(f) L. 13. §. 4. L. 10. 11. h. t. *Pompon.* Ex silva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumturum; ex non caedua in vineam sumturum, dum ne fundum deteriorem faciat. L. 11. *Paul.* Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere.

(g) L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4. 8. h. t. *Ulp.* Cassius quoque scribit libro octavo Iuris civilis, usufructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum asserere cogitur arbores; et Aristo notat, haec vera esse. Neratius autem libro quarto Membranarum ait, non posse fructuarium prohiberi, quominus reficiat, quia nec arare prohiberi potest, aut colere; nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria, et pavimenta, et similia facere, neque autem ampliare, nec utile detrahere posse.— L. 8. quamvis melius repositurus sit; quae sententia vera est.

(h) L. 18. §. 7. L. 19. §. 1. h. t.

(i) L. 91. §. 2. de leg. (32.).— L. 9. §. 4. L. 13. §. 8. *Ulp.* Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari; et placuit alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat; esse enim veluti proprium fundum, cuius ususfructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.

(k) L. 12. §. 2. L. 38. 40. L. 67. h. t. *Iulian.* Cui ususfructus legatus est, etiam invito herede extraneo vendere potest.—§. 3. Inst. h. t.—L. 15. fam. hercis. (10. 2.).

(l) L. 2. C. h. t. *Sever.* et *Anton.* Verbla testamenti, quae precibus inseruisti, usumfructum

ANNOTAZIONI

(1) Grande difficoltà si è voluta scorgere nei §. 4. e 5. della legge 13. credendoli in contraddizione, poichè nel §. 4. è stabilito il principio che l'usufruttuario non può cambiare un giardino di piacere in un giardino di frutti, quantunque la rendita divenisse maggiore, e nella prima parte del §. 5. Ulpiano ammette che l'usufruttuario possa eseguire in una parte del fondo dato in usufrutto escavazioni di pietre, di arena, di minerali a condizione *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est*, ovvero *si nihil agriculturae nocebit*; mentre nella seconda parte del medesimo §. in contraddizione, come sembra, è detto che l'usufruttuario potrà distruggere perfettamente un oliveto, un vigneto, e fare novelle piantagioni migliori, essendogli permesso di rendere più proficua la proprietà.

Il *Noodt* cerca risolvere la contraddizione, opinando che dalle parole *et si forte* fino a *poterit*, siavi una non autentica interpolazione di un antico giurista, ciò che è smentito dall'autorità di tutti i manoscritti e dalle Basiliche (m). Il *Feuerbach* al contrario crede sufficiente una piccola modificazione nella punteggiatura del testo; e, congiungendo in una parola *et si*, legge in questa guisa: « Proinde venas quoque « lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit, vel ipse instituere, si « nihil agriculturae nocebit, etsi forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam « in vineis vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt. Forsitan et haec deiicere poterit, « si quidem ei permittitur meliorare proprietatem ». In questo modo il testo offre certamente tutt'altro significato, che come vien letto comunemente, ma non si può accettare questa congettura; imperocchè al testo si dovrebbe ancora aggiungere dopo le parole *agricolturae nocebit; sin secus, nequit*, e rimproverare ad Ulpiano di essersi espresso negligentemente. Secondo il *Feuerbach* le parole *forsitan* etc. non si potrebbero spiegare; il suo pensiero ch'esse si rapportino alla facoltà dell'usufruttuario di piantare in luogo di alberi vecchi piante giovani e migliori, non può essere accettato; perchè la parola *haec* necessariamente deve riferirsi alle altre *arbusta*, *oliveta*, e quindi significa non alberi determinati e distinti, ma tutta la piantagione. Il *Madai* confutando la dottrina del *Feuerbach* opina che le parole: *Si quidem ei permittitur meliorare proprietatem*, non debbansi ritenere come un argomento di Ulpiano per la sua decisione, ma la supposizione di un permesso espresso dato dal proprietario all'usufruttuario; cosicchè il significato sarebbe il seguente: L'usufruttuario secondo le regole potrà fare le piantagioni solamente nei fondi non ancora coltivati; quando poi gli è stato espressamente dato il permesso *proprietatem meliorare*, egli potrà cambiare un fondo già coltivato in altra piantagione, che frutti maggior rendita. Anche questa interpretazione è insufficiente; imperocchè, indipendentemente dalla impossibilità grammaticale, si verrebbe al curioso risultato, che uno debba farsi espressamente permettere dal proprietario, ciò che direttamente è permesso dalle leggi, avendo per legge l'usufruttuario il diritto di rendere migliore il fondo tenuto in usufrutto. È vero che il *Madai* cerca cansare lo scoglio portando questa distinzione tra *meliorare* del contratto, e *meliorem facere* della legge

---

legatum tibi animadvertimus. Quae res non impedit proprietatis dominum obligare creditori proprietatem, manente scilicet integro usufructu sui iuris. — L. 15. §. 7. L. 17. h. t.

(m) *Noodt*, de usufr. L. 6. observ. 1. 9.—Basil. XV. 1. 13.

concesso a qualunque usufruttuario, che il primo consista in un'azione positiva, e l'altro non già; quanto poco peso abbia quest'ultima argomentazione non è necessario dimostrare.

Considerate attentamente le facoltà date all'usufruttuario sulla disposizione della cosa stessa si scorgerà di leggieri, che si è voluto vedere una difficoltà non vera, e portare modificazioni ad un testo spiegabile secondo i principii generali. L'usufruttuario in vero è limitato nel diritto di disporre della cosa in ciò: primamente che non può cambiarne la sostanza, ossia trasformarla in un'altra; ed in secondo luogo che non può deteriorarla. Se è dato in usufrutto un podere, l'aprire una cava di pietre in qualunque parte di esso non dev'essere considerato come trasformazione dell'oggetto, rimanendo il podere sempre lo stesso, purchè non se ne pregiudichi la coltivazione. Il cambiare coltivazione come piantare viti dove erano frutti, dev'essere ancora permesso all' usufruttuario, quando effettivamente le nuove piantagioni rendono frutto maggiore; un cambiamento di sostanza non ha luogo neppure in questo caso, onde l'usufruttuario con ciò non sorpassa i limiti del suo diritto. Tutto ciò è giusto quando si dà in usufrutto un podere in generale, e questo è il primo caso; ma non quando l'usufrutto è dato sopra una speciale coltivazione, come sopra una vigna; qui, cangiando coltivazione, si cangia la sostanza della cosa: questo è il secondo supposto di Ulpiano, e la soluzione vi è ragionevolmente diversa dalla precedente.

(2) Anche quanto alla disponibilità del diritto stesso di usufrutto due leggi sembrano in contraddizione. Di un contratto, per mezzo del quale l'usufruttuario trasferisse altrui il diritto di usufrutto, il §. 3. Inst. h. t. secondo la regola generale stabilisce la nullità: « Finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario ce« datur; *nam cedendo extraneo nihil agitur* ». Al contrario Pomponio altrove detta, che per mezzo di questa cessione non si trasmette l'usufrutto, ma segue una consolidazione:.... « quoniam diximus, usufructum a usufructuario cedi non posse, nisi do« mino proprietatis, *et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat,* « *nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usufructum;* « quidam ergo remedii loco etc. (n) ». Lungo sarebbe esaminare le tante opinioni per conciliare questi due passi (o). In fondo bisogna convenire che i testi sono tra loro in una opposizione, che la storia rischiara. Nella legge 66. cit. di Pomponio si fa parola, come accenna ancora un passo di Gaio a questo proposito (p), di un atto di stretto diritto civile, della *in iure cessio*. Per essa nell'antico diritto si producevano tutte le conseguenze rigorose, quantunque sorpassassero la volontà delle parti (q). Applicando questo principio al caso nostro bisogna convenire con la opinione di Pomponio, che la *in iure cessio*, producendo l'estinzione del diritto da una parte, e non potendo produrre, come dovrebbe, la costituzione dello stesso diritto dall'altra parte per la personalità dell' usufrutto, la servitù si consolida con la proprietà. Questa conseguenza rigorosa trovò oppositori più tardi e surse controversia: Gaio rappresenta il nuovo principio più mite, e il suo contemporaneo Pomponio l'altro più

(n) L. 66. de iure dot. (23. 3.).

(o) *Glück*, IX. pag. 223. not. 40. — *Mühlenbruch*, cessione 3ª ediz. pag. 31. not. 32. — *Huschke*, studii I. pag. 240. not. 71. — *Van den Watter*, obss. iur. Rom. lib. III. c. 11. — *Arndts*, giorn. di Giessen N. S. VIII. p. 90.

(p) *Gai*. Inst. II. 30.

(q) *Ulp*. fragm. XI. 7. XIX. 14. — *Gai*. inst. III. 34. — *Vangerow*, Latini, Iuniani pag. 20. ss.

rigoroso. È naturale che nella legislazione giustinianea dovette trionfare il principio più mite di Gaio; tanto più in quanto il passo di Gaio tratta la questione *ex professo*, è messo appunto nella teorica dell'usufrutto, ed è adottato pienamente da Giustiniano nelle sue Istituzioni; quandochè il frammento di Pomponio è stato messo sotto una rubrica nella quale la teoria è trattata per incidente (r).

§. 182.

a) Obblighi dell' usufruttuario, e specialmente della cauzione.

T. D. Usufructus quemadmodum caveat (7. 9.).

1) L'usufruttuario deve usare della cosa con ogni riguardo, e col proposito continuo di mantenerla in buono stato; quindi è obbligato ad usare la diligenza di un buon padre di famiglia (a); ma non risponde delle deteriorazioni che senza sua colpa vengono dalla vetustà e dal necessario esercizio del diritto (b).

L' usufruttuario deve adunque mettere in uso tutt' i mezzi adatti al mantenimento della cosa sulla quale esercita il suo diritto, e per conseguenza, se è un edificio, egli deve farvi le necessarie riparazioni (c); se è un fondo rustico, ha l'obbligo di mantenere con gelosa cura le piante secondo le regole vedute nel paragrafo precedente, e sostituire agli alberi vecchi e caduti simili nuovi (d). Similmente se obbietto dell'usufrutto è una greggia, ha l'obbligo di mantenerla nel medesimo stato, allevando i figli del bestiame e sostituendoli ai capi mancanti (e).

Sono altresì a carico dell' usufruttuario tutti i pesi inerenti alla cosa, come le imposte, e le contribuzioni di guerra (f).

(r) V. *Puggé*, Museo del Reno I. pag. 145.—*Vangerow*, I. §. 344. ann. 3.

(a) L. 9. pr. §. 2. de usufr. (7. 1.). — §. 38. Inst. de rer div. (2. 1.). Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere debet, ut et Iuliano visum est, et in vinearum demortuorum vel arborum locum alios debet substinere; recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet.

(b) L. 12. §. 1. L. 15. §. 3. 4. de usufr. (7. 1.). *Ulp*. Et generaliter Labeo ait, in omnibus rebus mobilibus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia ea corrumbat; alioquin etiam lege Aquilia eum conveniri. §. 4. Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non utetur.—L. 9. §. 3. h. t. *Ulp*. Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari, si eam sine dolo malo attritam reddiderit.

(c) L. 7. §. 2. de usufr. (7. 1.). — L. 7. C. de usufr. *Gordian*. Eum, ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumtibus praestare debere, explorati iuris est. Proinde si quid ultra, quam impendi debeat, erogatum potes docere, solemniter reposces.

(d) §. 38. Inst. de rer. div. (2. 1.).—ved. not. (a).—L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. de usufr. (7. 1.).

(e) L. 68. §. 2. L. 70. de usufr. (7. 1.). *Ulp*. Plane si gregis vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.—ved. not. (a).

(f) L. 27. §. 3. eod.

2) Terminato l' usufrutto la cosa dev'essere restituita al proprietario con tutti i frutti non ancora percepiti. Se la cosa data in usufrutto era capace solamente di frutti civili, percependosi questi giorno per giorno, estinto l' usufrutto, essi vengono divisi tra il proprietario e gli eredi dell' usufruttuario in proporzione della durata dell' usufrutto (g). Se invece i frutti civili sono equivalenti di frutti naturali, essi sono acquistati dal momento che i naturali si saranno acquistati p. e. dal fittaiuolo per mezzo della percezione, e quindi, terminato l'usufrutto dopo che il colono avesse percepito i frutti naturali, i frutti civili spetteranno all' usufruttuario o ai suoi eredi, quantunque non fosse terminato ancora l' anno della locazione (h).

L' usufruttuario inoltre deve rispondere di ogni danno cagionato per colpa sua, di qualunque diminuzione di valore, e della mancanza a qualunque obbligo convenuto anche durante l' usufrutto (i).

3) Il proprietario, per garentire l' osservanza di questi obblighi, avrà diritto di esigere, secondo l' editto pretorio, cauzione dall' usufruttuario ch' egli userà della cosa come buon padre di famiglia *arbitratu boni viri*, e che terminato l'usufrutto gliela restituirà (k). È privato dell' usufrutto chi mancherà di dare la cauzione richiesta, ed il proprietario

---

(g) L. 25. §. 2. L. 26. h. t. (7. 1.). *Paul.* Si operas suas locaverit servus fructuarius, et imperfecto tempore locationis ususfructus interierit, quod superest, ad proprietarium pertinebit. Sed etsi ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerat, capite deminuto eo idem dicendum est.

(h) L. 58. h. t. (7. 1.). *Scaevol.* Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri colono sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debent inter heredem fructuariae et Rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi, Rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem suo die secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

(i) L. 1. §. 6. 7. h. t.—L. 13. §. 2. L. 15. §. 7. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait; nam fructuarium quoque teneri his actionibus, necnon furti, certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem, quum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur; nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem et in usuario dicenda sunt.

(k) L. 9. §. 1. L. 7. pr. h. t. — L. 13. pr. de usus. 7. 1.). *Ulp.* Si cuius rei ususfructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat; nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Haec autem ad omnem usumfructum pertinere Iulianus libro trigesimo octavo Digestorum probat. Si ususfructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructario, quam satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, sed etsi plures sint, a quibus ususfructus relictus est, singulis satisdari oportet.

potrà ritenersi la cosa, finchè l'altro non vi adempia, rivendicarla se l'ha già consegnata, e in entrambi i casi domandare la cauzione stessa per mezzo della *condictio incerti* (l).

Alcune persone sono liberate dall'obbligo della cauzione; esse sono: il fisco, il padre per l'usufrutto sul peculio avventizio regolare del figlio, e finalmente colui, al quale fu dato assolutamente l'usufrutto, e da un tempo determinato la proprietà (m).

Ognuno finalmente può esser liberato dal prestar cauzione per mezzo di contratto (n).

§. 183.

b) Del quasi usufrutto.

T. D. de usufr. earum rer. quae usu consum. vel minuuntur. (7. 5.).— *Held*, la teoria dell'usufrutto *ear. rer.* quae usu consumuntur vel minuuntur, Würzburg 1848.

1) L'usufrutto suppone necessariamente cose non consumabili per uso; le cose fungibili e consumabili di loro natura si oppongono all'essenza di questo diritto. Pure un senatoconsulto espressamente dichiara che l'usufrutto potesse estendersi a tutte le cose soggette al patrimonio: onde sulle cose fungibili fu da quel senatoconsulto riconosciuto un diritto analogo, appellato perciò quasi usufrutto (a).

(l) L. 7. pr. h. t. *Ulp.* Et si ususfructus nomine re tradita satis datum non fuerit, Proculus ait, posse heredem rem vindicare; etsi obiiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit. Quae sententia habet rationem, sed et ipsa stipulatio condici poterit.—L. 13. pr. de usufr. (7. 1.). ved. not. (k).

(m) L. 1. §. 18. ut leg. caus. cav. (36. 3.). — L. 8. §. 4. C. de bonis quae lib. (6. 61.). — L. 9. §. 2. h. t. *Ulp.* Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure, dicendum est. Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem, vel ad heredem eius perventuram.

(n) L. 46. de pactis (2. 14.). — L. 1. C. de usufr. (3. 33.). — confr. L. 6. C. ut in poss. leg. (6. 54.).

(a) L. 1. h. t. (7. 5.).—§. 2. Inst. de usufr. (2. 4.). Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, et iumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata; namque in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur: ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant; sed aestimatis his satisdatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

Per la natura di queste cose consumabili per uso non si può determinare lo stesso principio del vero usufrutto, cioè l'uso *salva rerum substantia*; ma esse devono necessariamente essere trasferite nella proprietà del quasi usufruttuario con obbligo, che finito il suo diritto, debba l'usufruttario restituire la medesima qualità e quantità di cose fungibili.

La grande differenza quindi che intercede tra il quasi usufrutto e il vero usufrutto è, che in questo è trasferito solamente il possesso naturale della cosa, quando per contrario nell' altro passa addirittura il dominio ed ogni pericolo nell' usufruttuario; cosicchè questi dovendo restituire non la cosa stessa, ma la stessa qualità e quantità, non può essere liberato per la perdita della cosa.

In rapporto agli obblighi il quasi usufruttuario è anche tenuto di prestare cauzione (b).

Il quasi usufrutto è applicabile altresì ai diritti di obbligazioni o ai crediti (*ususfructus nominum*); perlocchè le cose patrimoniali tutte ponno servire all' usufrutto, e questa servitù per le cose non fungibili varrà come usufrutto, per le altre come quasi usufrutto (c).

2) In alcuni casi può essere dubbio se debba riconoscersi un usufrutto ovvero un quasi usufrutto: così p. e. sui crediti di danaro sarà vero usufrutto, se all' usufruttuario non fu trasferito che il solo uso, cioè la riscossione degl' interessi senza toccare alle somme dei crediti, allora vi sarà p. e. un legato di reddito; lo stesso avviene quando si concede l' usufrutto di monete antiche (d): sarà quasi usufrutto se fu concessa la riscossione degli stessi crediti. L' usufrutto sopra una somma di danaro varrà sempre come quasi usufrutto.

§. 184.

c) Dell' uso.

T. Inst. de usu et hab. (2. 5.).—D. h. t. (7. 8.).—*Scheurl*, de usus et fructus descrimen, Erl. 1846.

L' uso è un diritto reale, che dà facoltà di godere una cosa altrui senza percepirne i frutti; è la prima parte della servitù precedente comprendendo l' *uti* senza il *frui*. L' uso quindi dà un godimento di gran lunga più ristretto che l'usufrutto, è molto più inerente alla persona, e riguarda più la natura della cosa. Per la qual cosa l' uso a differenza dell' usufrutto è indivisibile, e non ne può essere alienato ad altri l' esercizio (a). Dovendo il godimento determinarsi secondo la natura della cosa, esso è quindi diverso secondo la diversità delle cose date in uso.

(b) §. 2. Inst. de usufr. (2. 4.). — Ved. not. prec. L. 2. 4. 6. 7. 9-11. h. t.

(c) L. 3. 4. h. t.—L. 3. h. t. (7. 5.). *Ulp.* Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit, an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, scribit, et remittendas ei usuras.

(d) L. 28. de usufr. (7. 1.). *Pompon.* Numismatum aureorum vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti solent, ususfructus legari potest.

1) Il godimento di una casa è limitato solamente all' abitazione, l'usuario deve abitarla, ma non può locarla, poichè la mercede che percepirebbe sorpassa l' uso, ed è un frutto civile (b). La estensione maggiore che si è creduto di fare in questo caso è che l' usuario potrà anche ricevere un inquilino (c).

2) Se furono dati animali in uso, questo consisterà nel usarli secondo la loro destinazione, ossia per l'ingrascio de'terreni, per il lavoro de'campi, ecc., e non per altre utilità, quali sarebbero p. e. gli agnelli, il latte, la lana, tutte cose che possono costituire il frutto e non l'uso (d). Anche in questo caso vi è una estensione maggiore dell' uso, quando cioè si è legato l' uso di cavalli ad uno che fa il mestiere dell' auriga, l' usuario potrà anche locare ad altri il suo godimento; ammesso per altro, che il testatore sapesse il mestiere dell' usuario (e).

3) Egualmente si dica di un giardino di piacere e di altre cose nelle

---

(a) §. 1. Inst. h. t. Minus autem scilicet iuris est in usu, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, lignis ad usum quotidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento; nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere. — L. 11. h. t.

(b) §. 2. inst. eod. Item is, qui aedium usum habet, hactenus iuris habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat; et cum uxore sua, liberisque suis, item libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi ius habeat, et convenienter, si ad mulierem usum aedium pertineat, cum marito ei habitare liceat.

(c) L. 2. §. 1. 5. L. 4. pr. h. t. *Ulp.* . . . . . Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere; item et hospites, et libertos suos, L. 3. *Paul.* et clientes; L. 4. *Ulp.* ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat, non bene inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum. — Ved. L. 8. h. t.

(d) L. 12. §. 2. 3. 4. h. t. *Ulp.* Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat Labeo ait; sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum; haec magis in fructu esse. §. 3. Sed si boum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit et ad arandum, et ad cetera, ad quae boves apti sunt.

(e) L. 12. §. 4. h. t. *Ulp.* Equitii quoque legato usu videndum, ne et domare possit, et ad vehendum sub iugo uti. Et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur; sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse.

quali puossi distinguere l' uso dal frutto (f); ma se invece si è concesso l' uso di una cosa, che non offre altro godimento che il frutto, ossia nella quale non si possa distinguere il frutto dell' uso, questo consisterà anche nella percezione de' frutti, e il solo criterio, che in questa emergenza distinguerebbe l'uso dall'usufrutto, sta, che nel primo la percezione de'frutti è limitata ai bisogni personali o della famiglia dell' usuario (g).

Nel resto valgono i medesimi principii dell' usufrutto, e in rapporto alla cauzione, e in quanto agli altri rapporti obbligatorii (h). I pesi che gravitano sulla cosa, e le necessarie riparazioni in generale sono a carico del proprietario, ma se a costui nulla rimane del frutto ch' è assorbito dall' uso, le spese sono a carico dell' usuario, o secondo le circostanze a carico di entrambi (i).

ANNOTAZIONE

Come si è veduto si può costituire l'uso senza il frutto; si potrà per contrario costituire il frutto senza l' uso? Questa questione per la poca chiarezza delle leggi è ancora viva.

Bisogna stabilire il seguente principio generale: non si dà frutto senza uso, e quando si è costituito il frutto s'intende nel medesimo tempo costituito l'uso; e quando espressamente si fosse legato il frutto, *deducto usu*, il legato è di nessun effetto (k).

Per eccezioni si può in certi limiti costituire il frutto senza l'uso così:

1) Quando a qualcuno sia dato il nudo uso, serbando il proprietario a sè il frutto, questi può costituire per un altro il frutto; colui che avrà questo, avrà lo stesso diritto del proprietario, cioè il frutto senza l'uso: « Poterit autem apud alium esse « usus, *apud alium fructus sine usu*, apud alium proprietas; veluti si quis habet « fundum, legaverit Titio usum, mox heres eius tibi fructum legaverit vel alio mo- « do constituerit (l) ».

2) Quando si lega ad uno l'uso all'altro il frutto, l'uso si ritiene comune (m).

Questi due casi non sono veramente eccezioni alla regola; nel primo caso il proprietario, costituendo l'uso, se ne riserba quel tanto, che fa bisogno per la separazione de' frutti (n), e quel tanto di uso passa necessariamente al fruttuario. È controverso ancora, se, nel caso che l'uso si estinguesse prima del frutto, si consolidi, ossia si estingue aggiungendosi alla proprietà, ovvero si aggiunge al fruttuario? Quantunque non si trovi nei fonti una decisione, pure è più fondata l'ultima, perchè in caso contrario il proprietario avrebbe poi l'uso senza il frutto; nel secondo caso anche al fruttuario è dato l'uso.

(f) Ved. L. 12. §. 6. h. t.

(g) Ved. not. (a).

(h) L. 22. §. 2. L. 23. h. t.

(i) L. 18. h. t. *Paul.* Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet.

(k) L. 14. §. 1. h. t. *Paul.* recept. sent. III. 6. §. 24.

(l) L. 14. §. 3. de usu.

(m) L. 12. eod.

(n) L. 10. §. 4. L. 11. 12. pr. h. t. *Ulp.* Plenum autem usum debet habere, si et villae, et praetorii ei relictus est. Venire plane proprietarium ad fructus percipiendos, magis dicendum est; et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse, admittendum est.

3) Il terzo caso di una eccezione alla regola è quello di Ulpiano nella L. 13. §. 3. *de accept.* (46. 4.): « Si quis usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget; si vero quasi ex usufructu, quum possit usus sine fructu constitui, dicendum est, acceptilationem valere ». Quando adunque uno si fa promettere un usufrutto, poscia dà accettilazione sull'uso, se fa ciò, perchè crede che il solo uso sia nella obbligazione *(quasi usu debito)*, l'errore rende inefficace l'accettilazione; se invece stima l'uso non essere che parte del promesso usufrutto *(quasi ex usufructu)*, l'accettilazione avrà i suoi effetti « *quum possit usus sine fructu constitui* ». A primo aspetto sembra che questa ragione non sia del caso, e si supporrebbe piuttosto il contrario: « *quum possit fructus sine usu constitui*, tanto che Cuiacio preferisce questa lettura. Ma quando si medita il noto principio « *velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est* (o) si trova giusto il motivo di Ulpiano, epperò qualunque emendazione è inesatta o superflua (p). Se adunque l'accettilazione è valida, rimane l'obbligazione ristretta all'altra parte dell'usufrutto, cioè al solo frutto, e così indirettamente si sarà costituito il frutto senza l'uso.

Fatta in questi termini possibile la costituzione del frutto senza l'uso, si può intendere Ulpiano in queste parole. *Ergo et si fructus sine usu obtingerit, STIPULATIO LOCUM HABEBIT.*

§. 185.

d) Dell' habitatio e opera servorum.

T. Inst. de usu et habitatione (2. 5.).— D. h. t. (7. 8.).—C. de usufr. et habit. etc. (3. 33.).

L'abitazione è un diritto di servitù che dà altrui il godimento di una casa. Presso gli antichi era controverso se questa servitù fosse usufrutto, od uso, ovvero una *servitus sui generis:* Giustiniano sancì quest' ultima opinione, sicchè l'abitazione si distingue essenzialmente dall'uso e dall'usufrutto (a).

(o) L. 16. de accept. (46. 4).

(p) V. *Puchta*, diss. civil. pag.122 not. 14.—*Löbell*, de usu et fructu, Marb. 1834. pag. 17.

(a) L. 13. C. h. t. *Iustinian.* Quum antiquitas dubitabat usufructu habitationis legato, et primo quidem, cui similis est, utrumne usui vel usufructui, an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem, si possit is, cui habitatio legata est, eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decidentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat, et multo magis, si habitationis usumfructum reliquerit, quum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, Questa servitù sorpassa alquanto quello dell'uso, concedendosi a chi esercita l'abitazione di alienarne l'esercizio dietro un equivalente (b).

Oltre a ciò l'uso e l'usufrutto si estinguono per mezzo delle *capitis deminutiones*, non così l'abitazione, considerandosi il subbietto più in una relazione di fatto che di diritto con la cosa, la quale non si estingue neppure come l'uso e l'usufrutto per non uso (c).

2) Le altre regole e le relazioni tra colui che ha il diritto di abitazione ed il proprietario sono conformi a quelle dell'uso e dell'usufrutto.

3) Oltre di questa servitù era stabilita nel diritto romano l'opera dei servi, ossia il diritto di trarre vantaggio dalle opere de' servi in forza di una servitù personale. Questa servitù cessò col sorgere del cristianesimo, sicchè essa appartiene perfettamente alla storia del diritto.

III. Acquisto delle servitù.

§. 186.

A. Per private disposizioni.

Le servitù possono essere acquistate per mezzo di private disposizioni, e specialmente per legato o per disposizioni contrattuali.

Affinchè si potesse acquistare un diritto di servitù per disposizione tra vivi conviene:

1) Che colui il quale vuole imporre sul proprio fondo un diritto di servitù in vantaggio di un determinato fondo o di una determinata persona sia vero proprietario. Anche colui che intende acquistare un diritto di servitù reale conviene che sia proprietario del fondo che sarà dominante (a); l'enfiteuta, il superficiario, il possessore di buona fede possono acquistare e costituire un diritto di servitù, ma fino alla estensione del loro diritto sulla cosa, cosicchè terminata la enfiteusi, la superficie, man-

---

etiam nomine usufructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usumfructum, nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium eius domus esse relictum; tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest. — L. 10. §. 2. de usu et hab. (7. 8.).

(b) §. 5. Inst. h. t. (2. 5.). — Ved. not. preced.

(c) L. 10. pr. h. t. *Ulp*. . . . . Denique donare non poterit, sed eas personas recipiat, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione. — L. 10. C. de cap. min. (4. 5.). — L. 2. pr. de op. serv. (7. 7.).

(a) §. 3. Inst. de servit. (2. 3.). Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium; nec quisquam debere, nisi qui habet praedium.

cato il possesso di buona fede, si estingue immediatamente la servitù (b).

2) Che il proprietario che vuol costituire un diritto di servitù, essendo questo considerato come un'alienazione, abbia il *ius disponendi.*

3) Secondo il principio della indivisibilità delle servitù un comproprietario non potrà nè acquistare nè aggravare il fondo comune senza il consenso degli altri comproprietarii (§. 178.).

4) Se qualcuno ha venduto uno de' suoi fondi, o una parte di un fondo su cui non si possa esercitare il diritto di proprietà senza una servitù, questa s' intende costituita tacitamente (c).

5) La servitù si può costituire con la semplice riserva, quando chi vende un fondo si riserva un diritto di servitù.

Per mezzo del contratto può darsi maggiore o minore estensione ad una servitù esistente (§. 179.). Le servitù che si fondano per mezzo di testamento appartengono alla teoria delle successioni e verranno trattate al proprio luogo.

ANNOTAZIONI

Gli antichi giuristi almeno fino a tutto il secolo passato avevano per fermo, che come nella proprietà, così ancora nella servitù il solo contratto, non fondando che una obbligazione, non era sufficiente per l'acquisto di questo diritto reale, ma vi era bisogno di una *quasi traditio.* Secondo questa teoria adunque bisogna fare la distinzione tra *servitus constituta*, e *servitus acquisita.*

Ciò è stato fortemente contrastato in questi ultimi tempi, sicchè oggi la maggior parte de'giureconsulti si dichiara contraria, e stabilisce il solo contratto essere sufficiente per acquistare un diritto di servitù (d).

(b) L. 1. §. 6. 9. de superf. (43. 18.). *Ulp.* Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum, sive usum quendam eius esse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est.—L. 1. pr. quib. mod. usuf. (7. 4.).

(c) L. 10. 36 37. de servit. praed. urb. (8.2.). *Marc.* Gaurus Marcello: binas aedes habeo, alteras tibi lego, heres aedes alteras altius tollit, et luminibus tuis officit; quid cum illo agere potes, et an interesse putes, suas aedes altius tollat, an hereditarias? Et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem, quae legatur, praestare debet, sicut solet quaeri, quum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum non potest? Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres illas possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium; idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usumfructum legaverit. Non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum; habitare autem potest et sedibus obscuratis. Ceterum usufructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.—L. 15. §. 1. de servit. leg. (33. 1.).

(d) *Savigny*, Possesso §.45. Sistema II. pag. 289.—*Schmidlein*, de servitutibus per pactum constituendis, Gött. 1823. — *Michelsen*, Arch. di prat. civ. VIII. num. 14.—*Haertel*, de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex iure Rom. Lips. 1828.—*Schrader*, giornale di

La nuova teoria si fonda sui seguenti punti:

1) Gaio rammenta che le servitù personali e le *servitutes praed. urb.* si acquistavano per mezzo della *in iure cessio*, le *servit. praed.rust.* per mezzo della *in iure cessio* e per mancipazione, e nel §. 31. dice che le servitù sui fondi provinciali si acquistavano per semplice contratto, *pactionibus et stipulationibus id efficere potest* (e). Questo principio che valeva nel diritto anteriore a Giustiniano pe'fondi provinciali fu esteso da quest'ultimo riformatore a tutte le altre servitù.

2) Molti passi determinano espressamente che le servitù si possono costituire *pactionibus ac stipulationibus* (f).

3) Un responso di Ulpiano stabilisce che, quantunque non cominciato il possesso, si può rivendicare un diritto di usufrutto (g).

4) Finalmente è decisivo argomento la legge 14. C. *de servitutibus*, nella quale si questiona: se, in caso che si sia conchiuso un contratto che concede il passaggio sul fondo vicino una volta in cinque anni, tale servitù vada perduta per non uso, quando colui che ne aveva il diritto non l'abbia esercitato nè nel primo nè nel secondo quinquennio.

Dalla esposizione si scorge che la questione fu posta sopra testi positivi, e che gli argomenti sono considerabili. Ma dall'altra parte meditando con non minore diligenza la teoria degli antichi, non si potrà disconvenire da molti moderni che ancora sostengono l'opinione degli antichi giuristi (g), specialmente pei seguenti argomenti:

1) A chi ben considera i principii del diritto romano sui contratti e loro conseguenze e sulle servitù, può sembrare alquanto difficile l'origine della servitù dal semplice contratto. È carattere fondamentale del contratto una promessa, un obbligo assunto, e l'azione che ne sorge è diretta unicamente all'adempimento dell'obbligo a costringere l'altro a fare la cosa promessa. Ora il contenuto della servitù non è certamente quello di obbligare il vicino a fare qualche cosa, od anche ad *obbligarlo* ad un *pati* o ad un *non facere*, ma di avere un *ius faciendi, habendi, prohibendi;* vi esiste certamente l'obbligo dell'altro al *pati* e al *non facere*, ma come conseguenza generale di qualunque diritto, non come contenuto del diritto speciale: « Obligatio « num substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, *aut servitutem no-* « *stram faciat*, sed ut aliud nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel « praestandum (i) ». Per la qual cosa le stesse ragioni, che dimostrano la proprietà

Tubinga I. 2.—*Mackeldey*, §. 291.—*Puchta*, cors. delle Istit. §. 236, Pand. 187. — *Göschen*, recitazioni §. 307.—*Burchardi*, comp. del diritto romano II. §. 188.—*Arndts*, Pandette §. 186. — *Huss*, giornale di Giessen Nuov. Ser. X. N. 3. 1852.

(e) *Gaio*, Inst. §. 28. 31.

(f) §. 4. Inst. de serv. praed. (2. 3.).— §. 1. Inst. de usufr. (2. 4.).— L. 3. pr. L. 25. §. 7. de usufr. (7. 1.). — L. 12. §. 1. 3. 4. C. de aedif. priv. (8. 10.).

(g) L. 3. §. 14. de vi (43. 16.). *Ulp.* Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem, aut non admisit, quum ex fundo exiisset non ususfructus deserendi causa. Ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc Interdictum locum non habet; quid ergo est? Debet fructuarius usumfructum vindicare.

(h) *Vangerow*, I. §. 350.—*Duroi*, arch. di pr. civ. VI. p. 284.—*Franke*, diss. civ. N. 3.— *Luden*, servitù §. 54-54.— *Thibaut*, Sist. §. 767.— *Wening*, comp. §. 153. — *Liebe*, la stipul. §. 25. — Ad. *Schmidt*, annali del diritto com. germanico. III. 9. (1859.).

(i) L. 3. pr. de O. et A. (44. 7.).

di una cosa non potersi acquistare col semplice contratto, sono applicabili anche alle servitù.

È certamente grande argomento contrario il *pactum hypothecarium* che genera un diritto reale senza essere necessaria, anzi essendo impossibile la tradizione. Ma chi considera attentamente il carattere giuridico della ipoteca spiegherà facilmente questa apparente eccezione; per l'*obligatio rei* nell'ipoteca è sufficiente il contratto. Per applicare lo stesso principio converrebbe accogliere la definizione del *ius in re* fatta da qualche giurista, cioè: *ius quo res nobis obligata esse fingitur*, ma una tale definizione per le servitù non è accettabile.

2) In molti passi viene rammentata ancora la tradizione (k). Che in tutti i casi non venga egualmente nominata e che non sia detto essere necessaria per l'acquisto delle servitù, specialmente nelle Pandette, ciò si spiega perchè al tempo classico della giurisprudenza romana le servitù si acquistavano per mezzo della *in iure cessio* e alcune per mancipazione, ma non per tradizione. Ma se si ritenesse come sufficiente il semplice contratto per costituire una servitù, a quale scopo sarebbe rammentata anche la tradizione? Si dà per ragione che l'*actio Publiciana* suppone assolutamente la trasmissione del possesso, e qualche giureconsulto moderno afferma, che, se la tradizione ha qualche valore nell'acquisto della servitù, lo è per giovarsi l'avente diritto dell'*actio Publiciana*, onde, secondo questi autori, la tradizione sarebbe utile non necessaria (l). Dal negarla assolutamente od ammetterla in questa guisa è pure tanto di guadagnato; ma, poichè l'azione medesima non sempre suppone necessariamente il possesso specialmente per quei diritti che si acquistano senza tradizione ved. §. 173, non sarebbe perciò necessaria per le servitù; una volta adunque che nelle servitù per fondare l'*actio Publiciana* si chiede essenzialmente la tradizione (m), significa che il diritto di servitù non si possa acquistare col semplice contratto; chè altrimenti anche per le servitù come per altri diritti, che si acquistano senza tradizione, l'azione Publiciana sarebbe ammessa senza la quasi tradizione, e quindi sparisce il mezzo termine trovato da *Marezoll*.

3) In tutte le leggi che rammentano contratti sulle servitù vien determinata l'*obligatio* come unica conseguenza di essi, specialmente per le stipulazioni del *dari servitutem*, e nasce semplicemente un' *obligatio ad servitutem constituendam* (n). Queste stipulazioni di servitù vengono appellate da' Romani *servitutem, viam, iter stipulari* (o), e molte altre con diverse frasi: *uti frui sibi licere, ire, agere sibi he-*

(k) L. 11. §. 1. de publ. act. (6. 2.). — L. 25. §. 7. de usufr. (7. 1.). — L. 1. pr. quibus mod. usuf. (7. 4.). — L. 20. de serv. (8. 1.). *Javol.* Quoties via, aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius pro iuris traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. — L. 1. §. 2. de ser. praed. rust. (8. 3.). *Ulp.* Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.

(l) *Marezoll*, Cors. delle ist. ult. ed. Nap. 1868.

(m) L. 11. §. 1. de pub. in rem. act. (6. 2.).

(n) L. 37. de usufr. (7. 1.). — L. 136. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.

(o) L. 37. de usufr. (7. 1.). — Ved. not. prec. — L. 11. de servit. (8. 1.). — L. 19. de servit. praed. rust. (8. 3.). *Paul.* Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest; sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex *redique suo licere;* ovvero *per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire, agere liceat* (p).

Per interpretare giustamente i testi citati in contrario con apparenza di vero fa d' uopo ricordare la storia delle servitù. Al tempo dei primi giuristi romani, p. c. di Gaio, a parte il *legatum per vindicationem*, le servitù rustiche potevano acquistarsi soltanto per mancipazione, e tutte per *in iure cessio* (q); in quel tempo non vi era ancora servitù sancita *tuitione Praetoris*, non essendo ancora possibile la *possessio*, e per conseguenza la *traditio* delle cose incorporali (r). Per la qual cosa quando la *mancipatio* e la *iure cessio* erano inapplicabili come riguardo ai fondi provinciali, ovvero quando non ve n' era necessità, come nella vendita di una servitù, onde nasce soltanto l' obbligo del *tradere*, ossia di trasferire la *vacua possessio*, ovvero di costituire la servitù medesima (s), l' acquisto della servitù non potea seguire altrimenti che costituendo delle obbligazioni analoghe al contenuto del diritto reale per mezzo di *pactiones et stipulationes;* facendosi cioè promettere dall' altro, che nè egli nè i suoi eredi avrebbero impedito l' uso della servitù, e stipulando una pena pel caso d' inadempimento (t).

Più tardi la scienza accettò in rapporto alle servitù una *quasi possessio* ed una *quasi traditio* (u), e da quel momento, come di proprietà, si ebbero due specie di servitù; cioè la *servitus iure constituta* per mancipazione e *in iure cessio*, *e la servitus tuitione praetoris constituta* per quasi tradizione (v); questa seconda avea luogo sempre pei fondi provinciali (x). Quando cessò la solennità delle trasmissioni, come della proprietà, quella differenza delle servitù non ebbe più ragione di essere, e rimase la tradizione come unico modo di trasmettere la servitù tra vivi; si dileguò similmente la differenza tra servitù sui fondi italici e sui fondi provinciali, e restò il diritto dei primi applicato a tutti. Da ciò si spiega il pensiero dei compilatori di generalizzare il diritto dagli antichi giuristi limitato soltanto ai fondi provinciali. Ciò può provarsi col §. 4. Inst. de servit. confrontato con Gaio II, 31, con la legge

---

sociis, sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari iis potest, ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.—L. 25. §. 9. famil. erc.(10. 2.). *Ulp.* An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur — veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit —, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.—L. 2. §. 1. L. 58. 75. §. 3. 98. 126. §. 1. L. 140. §. 2. de V. O.—L. 7. §. 1. L. 17. 26. de stipul. servor.—L. 13. §. 1. 3. de accept. (46. 4.).

(p) L. 38. §. 10-12. L. 130. 136. de V. O. (45. 1.). — L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 38. §. 6. L. 49. §. 1. L. 75. §. 7. L. 85. §. 3. L. 111. L. 131. pr. eod.

(q) *Gai.* Inst. II. 29. e 30.—*Ulp.* XIX. 11.—Fragm. Vatic. §. 45.

(r) *Gai.* Inst. II. 19. 28. L. 20. de servit. (8. 1.). — L. 3. §. 2. de act. emt. vend. (19. 1.).

(s) L. 20. de servit. (8. 1.). — Ved. not. (e). — L. 3. §. 2. de ad emt. vend. (19. 1.).

(t) *Theophil.* ad §. 4. Inst. de servit.

(u) Ved. not. (l).

(v) Confr. L. 1. pr. quib. mod. usuf. (7. 4.). *Ulp.* Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu; et parvi refert, utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur. — Frag. vat. §. 61. — L. 9. §. 1. usufr. quemadm. (7. 9.). etc.

(x) Fragm. Vat. §. 61.

1. pr. quib. mod. usufr. (7. 4.), e coi frammenti Vaticani §. 61. I testi dunque in cui vengono rammentate le semplici *stipulationes e pactiones*, per ciò che riguarda la forma delle costituzioni di servitù, non hanno se non una storica importanza; ciò si rende massimamente manifesto per la legge 20. *de servitutibus*, nella quale è evidente il passaggio dall' antico nel nuovo diritto. Infine se si volesse dare a questi frammenti un valore positivo bisognerebbe non dimenticare che vi si parla non di servitù come diritti reali, ma di relazioni obbligatorie, le quali hanno un contenuto assomigliante a quelle.

Anche il *Keller* in questi ultimi tempi ha tentato rafforzare la opinione contraria, pressappoco con le medesime ragioni degli altri, sebbene sotto altra forma. In generale egli, meno in qualche parte, è di accordo con noi, intorno allo svolgimento storico del diritto di servitù, essendo egli convinto, e forse più di noi, che per tutta una età storica la giureprudenza romana non ha concepito un nuovo diritto di servitù come diritto reale altrimenti, che per mezzo della *quasi traditio*, anche prima che questo concetto si fosse totalmente svolto. Laonde, egli conchiude, pei fondi provinciali, e pei casi in cui mancassero le condizioni formali di una *servitus iure constituta*, un nuovo diritto non poteva stabilirsi, che in una di queste forme: o per mezzo di semplice stipulazione che fondava un diritto personale tendente ad obbligare il proprietario della cosa servente a non impedire l' uso della servitù con responsabilità pecuniaria, ovvero per semplice contratto con o senza stipulazione, congiunto all' esercizio del diritto trasmesso, fondandosi così un diritto reale con azioni ed interdetti, ossia una *servitus tuitione praetoris constituta*. È da notare che questo modo di considerare il diritto storico è quasi comune a tutti coloro che sostengono la opinione contraria.

Come questo concetto di diritto reale delle servitù, che pure è il frutto di una convinzione profonda di secoli, che si rileva in un modo concreto nel diritto pretorio, sia sparito completamente da non trovarne più traccia, ciò a giudizio di *Keller* e di molti altri, è avvenuto nel passaggio del diritto storico nella legislazione giustinianea; in cui la in *iure cessio* e la *mancipatio* essendo sparite come forme positive, non è sparito egualmente il contratto base di quelle forme, e questo è rimasto invece di quelle solo modo per costituire la servitù; di vero, in nessun luogo di questa novella legislazione si rivela, richiedersi invece di quelle forme positive la *quasi traditio servitutis*.

Questo ragionamento più ingegnoso che vero, manifestato, forse con più precisione, da *Schmidlein*, che fa subire una metamorfosi agli antichi modi civili di acquisto, ci fa assistere ad un passaggio così repentino, che non è certamente frequente anzi molto raro nella legislazione di Giustiniano. Anche per l'acquisto della proprietà non vi ha più traccia di *iure cessio* e di *mancipatio*, è restato forse il semplice contratto come modo di acquistare il dominio delle cose? La tradizione, ci si dice, era anche un modo di acquisto civile ristretto alle *res mancipi* e *nec mancipi*, e quindi, sparita la *mancipatio* con la distinzione delle cose in *res mancipi* e *nec mancipi*, restò l' altro modo come generalmente sufficiente per acquistare la proprietà; più Giustiniano, accettando nel suo Codice la costituzione di Costanzio e Massimiano (L. 20. C. de pact.) « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum* non nudis » pactis transferuntur » volle espressamente richiedere come necessaria la tradizione per l'acquisto della proprietà, ciò che non avvenne per la servitù. Però facciamo osservare che quella sentenza pronunziata due secoli e mezzo circa prima di Giustiniano accennò come i due modi di acquisto civile erano iti in disuso, e rimastavi la tradizione, non come forma civile ristretta ad alcune cose, ma come modo naturale di acquisto. La *mancipatio* e la *in iure cessio* erano ai tempi di Giustiniano null'altro che un eco storica; il che si vede manifestamente come questo legislatore, abolendo la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, ch'era rimasta *pro forma*, parla di quella antica distinzione come di cosa molto antiquata « *quum res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est* ». Per la qualcosa nella riforma giustinianea è d'avvertire molto più il predominio del *ius naturale gentium* sul *ius civile*, predominio che nel campo della pratica era già esistente prima di Giustiniano, che non fece che sanzionarlo legislativamente.

Come immaginare una cosa diversa per le servitù, per le quali, essendo anche prima di Giustiniano iti in disuso i due modi civili di acquisto, restò il diritto pretorio solo vigente nella pratica della vita giuridica? E anche a volere ammettere, il che non è, che prima della riforma giustinianea fossero in vigore praticamente le due forme di servitù, quella che si acquistava con la *mancipatio* e la *in iure cessio*, e quella che si acquistava con contratto e con l'esercizio, ossia, chiamando le cose coi loro nomi, con la *quasi-traditio*, se uno di questi sistemi è smesso nella riforma, che bisogno v'è di ricorrere a quella tale trasformazione delle forme civili? o piuttosto non è più confacente alla natura delle cose l'ammettere, che tolto uno di quei sistemi, ne resta l'altro? Come è possibile vedere poi una trasformazione di ciò che da lunga pezza più non esisteva?

Abbiamo dichiarato innanzi come debbonsi intendere tutti quei frammenti che parlano di *pacta* e *stipulationes*, *Keller* a sua volta ci vuol spiegare come debbansi intendere quegli altri che accennano la tradizione; egli afferma che quei testi accennano a casi straordinarii. Quali? Quelli tra gli altri, che riguardano acquisti di servitù, in cui vi è mancanza di forme civili? Ma giusto questi nella legislazione giustinianea sono i casi ordinarii, anzi i soli possibili dal momento che le forme civili più non esistono; hanno forse cambiato forma, addivenendo ordinarii da straordinarii che erano? Anzi per questa ragione è appunto necessaria la *quasi-traditio*.

Tuttociò che si è detto, cioè che le servitù non si acquistano col semplice contratto, ma al contratto è d'uopo si aggiunga la *quasi-traditio*, non è una regola generale da non ammettere qualche volta delle eccezioni. Nelle servitù negative in fatti sembra sufficiente il solo contratto, ma ciò non è che apparente; imperocchè col semplice contratto immediatamente si acquista anche il possesso della servitù costituita, ossia senza bisogno di un atto esteriore *ipso facto* avviene la *quasi-traditio*. In secondo luogo è sufficiente il semplice contratto, quando qualcuno aliena la sua proprietà, riservandosi una servitù. Fino a tanto che per la costituzione delle servitù fu indispensabile la *mancipatio* e la *in iure cessio* tale riserva poteva aver luogo solamente nel caso che la cosa stessa fosse stata ad altri trasferita con questi medesimi atti solenni (y). Nel diritto Giustinianeo è indubitato che anche nel caso di alienazione per tradizione tale riserva può avere efficacia, come probabilmente nel diritto anteriore poteva sorgere in egual modo una *servitus tuitione praetoris* (z); perchè come nell'antico diritto la *mancipatio* e la *in iure cessio* per l'alienazione della cosa, era sufficiente per la servitù riservata, senza bisogno di speciali forme per essa; nulla di più naturale che nel nuovo diritto la *traditio* della cosa, succedente alle antiche forme, è sufficiente per la riserva della servitù. Quindi dal *Vangerow*, di cui accettammo completamente questa dottrina, non si ammette, come crede il *Keller*, la sua trasformazione prediletta della *mancipatio* in semplice contratto. Finalmente non solo quando è riservata una servitù non è necessaria la quasi tradizione, ma ancora quando di due fondi se ne trasferisce uno col patto che si dovesse costituire un diritto di servitù per l'altro riservato. In questi casi la tradizione dell'oggetto comprende la quasi tradizione: « duorum praediorum dominus « si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur, serviat ei, quod ipse « retinet, *vel contra*, iure imposita servitus intelligitur (a) ». Qualche giurista romano, come specialmente Pomponio, andava oltre ammettendo una servitù costituita, quando nel medesimo tempo i due fondi erano trasferiti a due diverse persone, fissando una servitù fra loro, il che non era poi accettato da altri come p. e. da Ulpiano; « quia neque adquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest (b) ».

(y) Fragm. Val. §. 47. 50.— *Gai*. Inst. II. 33.

(z) Ved. L. 33. 36. §. 1. L. 34. de usuf. (7-1.).— L. 17. §. 3. 6. 7. comm. praed. (8. 4.).— L. 17. §. 3. L. 34. 35. de servit. praed. urb. (8. 2.).— L. 29. 30. de servit. praed. rust (8.3.).— L. 49. quemadm. servit. amitt.

§. 187.

B. Acquisto delle servitù per usucapione.

Buss. de servitutum praescriptione, quam vocant acquisitivam. Frib. 1829.

L'usucapione presuppone il possesso di cose ben determinate nello spazio; onde le servitù, consistendo in un diritto, in una cosa incorporale, secondo l'antico diritto non potevano essere possedute, nè per conseguenza usucatte (a). Introdotto per le servitù un quasi possesso in analogia della *possessio proprietatis*, fu benanche riconosciuto l'acquisto per lungo uso *(ex diuturno usu, longa consuetudine)* in analogia della usucapione per l'acquisto della proprietà mediante l'uso di dieci anni tra presenti e venti tra assenti (b). Le regole di questa specie di usucapione sono le seguenti:

1) La servitù dev'esser usata *nec vi, nec clam, nec precario* (c); ma

---

(a) L. 3. comm. praed. confr. L. 32. 33. 36. de servit. praed. rust. (8. 3.).

(b) L. 6. 8. comm. praed.

(a) L. 14. pr. de servit. (8. 1.). *Paul.* Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur; vel ideo , quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem etiam in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

(b) L. 10. pr. si servit. vind. (8. 5.). *Ulp.* Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.—L. 1. §.ult. de aqua et aquae pluv. arc. (39.3.).— L. 5. §. 3. de itinere act. pr. (43. 19.). — L. 1. 2. C. de servit. (3. 34.). — *Paul.* recept. sent. V. 5. §. 7.—Ved. *Haimberger*, §. 290. not. 3.

(c) L. 1. C. de servit. (3. 34.). *Antonin.* Si quas actiones adversus eum , qui aedificium non è richiesto come per l'usucapione della proprietà il giusto titolo, ma solo la buona fede.

2) Il quasi possesso dev'essere civile, ossia colui che esercita il diritto di servitù deve avere l'*animus rem sibi habendi*, il proposito di acquistare un diritto di servitù (d).

3) Sulle cose incapaci dell'ordinaria usucapione non può usucapirsi servitù.

Il quasi possesso delle servitù, e per conseguenza l'usucapione può essere interrotto:

1) mediante azioni prodotte dal proprietario del fondo servente (e);

2) mediante il divieto di esercitare le servitù (f);

3) in generale per la perdita del quasi possesso (§. 155.).

In tutto il resto valgono le regole dell'usucapione della proprietà, specialmente riguardo all'*accessio temporis*.

§. 188.

C. Acquisto per sentenza giudiziale e per legge.

I. Le servitù possono essere acquistate per sentenza giudiziale, e specialmente per mezzo di aggiudicazione nei giudizii divisorii (a); ovvero per decreto del magistrato, che dichiari come costituita una servitù per la contumacia di chi avea l'obbligo di costituirla: ovvero che faccia rivivere col mezzo della restituzione in intiero una servitù già estinta (b).

II. Per legge si acquista il solo diritto di usufrutto, appellato perciò usufrutto legale:

---

contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis. Is qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet. — L. 1. §. ult. de aqua et aquae pluv. (39. 3.).

(d) L. ult. quemadm. serv. amitt. (8. 6.). *Paul.* Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. — L. 7. de itin. (43. 19.).

(e) L. 10. C. de aqu. vel ret. poss. (7. 32.). — L. 2. C. in fin. de ann. except. (7. 40.).

(f) L. 2. C. de serv. (3. 34.). Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictum est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, quum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio.

(a) L. 6. §. 1. de usufr. (7. 1.). — L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. fam. erc. (10. 2.). *Ulp.* Sed etiam, quum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adiudicat; sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando amplius servitutem imponere non poterit. — L. 18. div. (10. 3.).

(b) L. 8. §. 5. si serv. vind. (8. 5.).

1) Il padre acquista l'usufrutto legale sui beni avventizii regolari del figlio (§. 121.), e sopra la porzione virile delle sostanze materne, se i figli emancipati succedono alla madre (c).

2) Per le seconde nozze il coniuge che perde la proprietà dei lucri nuziali serba per sè l'usufrutto ecc. (§. 115.).

3) Durante il matrimonio il marito ha l'usufrutto de' beni immobili della donna costituiti in dote; sciolto il matrimonio per colpa di uno dei coniugi, l'altro coniuge acquista l'usufrutto di quella sostanza su cui, in mancanza di figli, avrebbe acquistato il diritto di proprietà.

IV. Mezzi per tutelare la servitù.

§. 189.

A. Dell' azione confessoria e negatoria.

TT. D. si usufructus vel ad alium pertinere negetur. (7. 6); — si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

A tutela del diritto di servitù è data un' azione reale, *confessoria in rem actio*, *vindicatio servitutis*, *petitio*, a riscontro della quale, per affermare la libertà del proprio fondo contro una servitù pretesa da altri, si trova l' *actio negatoria* (a).

1) Riguardo alla prima è attore chi pretende il diritto, e specialmente il proprietario del fondo dominante, e di molti condomini, essendo la servitù indivisibile, ciascuno può essere l' attore *in solidum* (b).

(c) L. 3. C. de bon. mat. (6. 60.).

(a) L. 2. pr. si serv. vind. (8. 5): *Ulp*. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.

(b) L. 5. pr. si usufr. pet. (7. 6.). *Ulp*. Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.—L. 1. §. 1. L. 4. §. 3. L. 6. §. 3. 4. si serv. vind. (8. 5.). *Ulp*. Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio; et ita et Pomponius libro quadragesimo primo scribit; sed in aestimationem id, quod interest, veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest, revocabitur, quamvis per unum acquiri servitus non possit.—conf. L. 16. de servit. (8. 1.). — L. 9. de op. nov. nunc. (39. 1.).

Anche l' usufruttuario del fondo dominante può giovarsi di questa azione, se non per rivendicare il diritto di servitù reale, almeno per garantire il diritto stesso di usufrutto; come nel caso che il proprietario del fondo servente gl' impedisse il passaggio senza cui non possa esercitare l'usufrutto; ed ancora si noti, potrà valersi dell'*actio negatoria* , quando sia pregiudicato nel suo diritto, perchè altri si arroghi una servitù sul fondo da lui usufruttuato (c).

Può essere attore della *confessoria*, ma solo utilmente, il possessore di buona fede, il creditore pignoratario, l'enfiteuta ed il superficiario (d).

L' attore ha diritto di produrre quest' azione indipendentemente dal possesso della servitù (e).

2) È convenuto chi turba in qualunque modo l' esercizio del diritto, o recisamente lo contrasta (f), chi pretende di ritenere un fondo in pregiudizio dell' usufruttuario (g), finalmente *qui litis sese obtulit* (h), anche indipendentemente se il convenuto fosse o no possessore del fondo servente.

3) È scopo dell' azione confessoria che il convenuto riconosca il diritto di servitù, non ne impedisca l' esercizio, e presti all' attore la cauzione *de amplius non turbando*; in mancanza della cauzione all' attore si può deferire il giuramento estimatorio.

Per alcune servitù quest' azione ha le medesime conseguenze della *rei vindicatio*: così se per mezzo della *confessoria* si chiede la restituzione dell' oggetto, come nell' usufrutto, il convenuto può essere condannato alla restituzione de' frutti: così nel caso del *fictus possessor* e della *nominatio auctoris* (i).

(c) L. 16. de servit. (8. 1.). *Iulianus*. Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

(d) L. 3. §. 3. L. 9. de oper. nov. nunc. (39. 1.). — L. 1. §. 9. de superf. (43. 18.). — L. 11. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.). Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

(e) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 5.). — L. 5. §. 6. si usufr. pet. (7. 6.).

(f) L. 4. §. 5. L. 10. §. 1. si serv. vind. (8. 5.). *Ulp*. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. Et generaliter, quicunque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero.

(g) L. 5. §. 5. 6. si usufr. pet. (7. 6.). — L. 60. §. 1. de usufr. (7. 1.).

(h) L. 6. si usufr. pet. (7. 6.). *Paul*. Qui de usufructu iudicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur; quod si liti se obtulit, et quasi possessor actionem de usufructu accesserit, damnabitur.

(i) L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. L. 7. L. 12. si serv. vind. (8. 5.). *Ulp*. In confessoria actione, 4) In quanto alla pruova, l' attore deve provare il diritto di servitù che pretende, e se si tratta di servitù reale, deve provare di essere proprietario del fondo dominante, o almeno di possederlo con un titolo che gli permette di agire in giudizio, indifferentemente se in realtà lo detenga (k).

5) L' azione *negatoria* deriva dal diritto di proprietà anzichè da quello di servitù; difende la libertà dei fondi. Essa si distingue della *rei vindicatio* in ciò massimamente che questa è determinata per garentire il diritto di proprietà quando è violato per intero, e l' *actio negatoria* sta contro una parziale violazione. Per la qual cosa l' attore che sostiene la libertà del suo fondo è obbligato solamente a provare la sua proprietà, senza che possa imporglisi la pruova che il convenuto non abbia il diritto di servitù: imperocchè compiuta la prova della proprietà, la libertà del fondo è presunta sino a che non si dimostri il contrario ; si ha diritto d' impedire mercè la *negatoria* qualunque molestia.

ANNOTAZIONE

Il carattere dell' azione negatoria è stato concepito da qualche giurista differentemente dal comune, declinando la seguente teoria. L' azione *confessoria* è di chi pretende una facoltà positiva, l' *actio negatoria* al contrario di chi pretende, che l'altro non debba fare qualche cosa. Perciò l'*actio confessoria* compete e al proprietario del fondo dominante, quando afferma la esistenza di una servitù positiva, e al proprietario del fondo servente, quando afferma la non esistenza di una servitù negativa. Similmente l'*actio negatoria* compete e al proprietario del fondo dominante, quando afferma la esistenza di una servitù negativa, e al proprietario del fondo servente, quando nega la esistenza di una servitù affermativa (l). Questa alquanto strana teoria è nata sul fondamento di un passo di Teofilo *ad* §. 2. Inst. *de act.* e dal §. 2. Inst. eod. (4. 6.), in cui per l' azione confessoria è citata la servitù *altius tollendi*, per la negatoria il *ius altius non tollendi*.

Ma con ragione quest' opinione è stata comunemente rifiutata, ed a confutarla

---

quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt ? Et est verius, id demum fructuum nomine computandum, si quid sit, quod intersit agentis, servitute non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium; et hanc sententiam et Pomponius probat.—L. 5. §. 6. si usufr. pet. (7. 6.).—L. 8. C. de serv. (3. 34.). — L. 2. C. ubi in rem. act. (3. 19.).

(k) L. 16. de except. (44. 1.). *African.* Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est; et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum. quem tuum esse constat, deberi; si viam petam, exceptionem: *quod praeiudicium praedio non fiat*, utilem tibi fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quum prius probaverim, fundum Titianum meum esse.

(l) *Veltheim*, de act. confes. et negat. Kil. 1822.—*Weniny*, comp. §. 151.—Ved. *Ghick*, X. pag. 231. not. 56.

basta solamente leggere la leg. 2. pr. si serv. vind. (8. 7.) e le rubriche dei rispettivi titoli delle Pandette. Quanto poi sia fondato l'argomento tratto da Teofilo, e quanto questo giurista possa darci diritto ad esporre differentemente il carattere e la natura di queste azioni, si rileva dalle seguenti sue parole. « *Incorporalibus et confessorie et negatorie* (*in rem agimus*). *Confessorie quidem, cum dico, si paret usumfructum meum esse; negatorie vero, cum id ius nego adversarium habere, dicens, si paret adversarium ius utendi fruendi fundo meo non habere.* Sic igitur in corporalibus non idem confessorie agit et negatorie, sed confessorie quidem is, qui ius illud, de quo quaeritur, habere dicit, veluti usumfructum aut servitutem in alterius proprietate. Negatorie vero agit ipse dominus fundi aut aedium, affirmans adversarium usumfructum aut servitutem in fundo suo, aut aedibus non habere ». Per l'argomento tratto dal §. 2. Inst. *de act.* (4. 6.) rimandiamo alla interpretazione delle servitù opposte *altius tollendi* e *altius non tollendi* (§. 180.) (m).

L'azione negatoria è una vera azione di proprietà, tanto più che essa non è limitata a garantire questa solo da un preteso diritto di servitù, reale o personale che sia, ma si estende a guardarla da qualunque parziale violazione, che non sia pure effetto di servitù pretesa (n).

§. 190.

B. Interdetti possessorii.

TT. D. XLIII. 19-23.— *Savigny*, del possesso §. 45. 46.

Sono anche mezzi per tutelare le servitù gl'interdetti possessorii che sono determinati secondo le diverse specie di servitù.

1) Alle servitù personali è applicabile per editto pretorio non solo l'*interdictum uti possidetis*, e secondo i casi l'*utrubi*, ma ancora l'*interdictum unde vi* e *de precario* (a).

2) Per le servitù reali si hanno molti speciali interdetti, e specialmente per la servitù di via si hanno due interdetti:

a) L'*interdictum de itinere actuque privato* compete a colui, che nel corso dell'ultimo anno, ed in caso di scuse legali, del penultimo anno abbia esercitato il suo diritto almeno per trenta giorni *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* (b).

(m) *Theoph.* edict. Fabrot. p. 605.

(n) L. 11. 14. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) confr. L. 26. de serv. praed. urb. (8. 2.), come anche le LL. 8. §. 5. L. 13. 17. pr. si serv. vind. L. 2. de arb. caed. (43. 27.).— L. 6. §. 2. de arb. furt. caes. (47. 7.).

(a) L. 4. uti poss. (43. 17.). *Ulp.* In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, etsi usufructus quis sibi defendat possessionem; et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.— L. 3. §. 13-16. de vi (43. 16.). — L. 60. pr. de usufr. (7. 1.).

(b) L. 1. §. 1. h. t. (43. 19.). L. 1. princ. de itin. (43. 19.). *Ulp* Praetor ait: *Quo iti-*

b) L'*interdictum de itinere reficiendo* si ha quando il sentiero abbia bisogno di essere rifatto: l'attore ha l'obbligo di provare il diritto di servitù, e di prestare cauzione pe' danni possibilmente derivanti dai lavori (*cautio damni infecti*) (c).

3) Per la servitù delle acque si hanno i seguenti interdetti speciali:

a) L'*interdictum de aqua quotidiana et aestiva* protegge la servitù di aquedotto, purchè l'attore avesse esercitato il diritto nell'ultimo anno, quando la servitù per sua natura sia perenne (*aqua quotidiana*); ovvero nelle due ultime estati, qualora l'esercizio ne sia ristretto in questa stagione (*aqua aestiva*); un tale quasi possesso dev'essere anch'esso non viziato, ossia *nec vi, nec clam, nec precario* (d).

b) L'*interdictum de rivis* si dà per fare le necessarie riparazioni al canale che conduce le acque, sotto le medesime condizioni dell'interdetto *de aqua*, eccetto che l'attore non è obbligato a provare il suo diritto (e).

c) L'*interdictum de fonte* tutela la servitù *aquae haustus, et pecoris ad aquam appulsus* alle medesime condizioni dei precedenti; così per l'*interdictum de fonte reficiendo* (f).

d) L'*interdictum de cloacis* è dato e per conservare il diritto della servitù, e per rifare il condotto delle acque immonde; quest'interdetto non incontra ostacolo per il quasi possesso viziato *vi, clam, precario* (g), ma è

---

nere actuque privato, qua de re agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ito utaris, vim fieri veto. §. 1. Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas servitutes.

(c) L. 3. §. 11. L. 5. de itin. *Ulp.* Ait Praetor: *Qui itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri vero; qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat.*

(d) L. 1. §. 4. 10. 11. 13. 14. 19. 20. 22. 29. 35. 36. L. 6. de aqua quot. et aest. (43. 20.). *Ulp.* Ait Praetor: *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto.* — L. 1. §. 29 eod. Deinde ait Praetor: *Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. Inter heredes, emtores, et bonorum possessores interdicam.* — L. 1. §. 19. eod. *Ulp.* Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum, qui scit, se nullum ius habere, et utitur.

(e) L. 1. pr. de rivis (43. 21.). *Ulp.* Praetor ait: *Rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa, quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto.*

(f) L. 1. de fonte (43. 22.). *Ulp.* Praetor uti: *Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscina item interdicam.* — L. 1. §. 6. eodem. Deinde ait Praetor: *Quo minus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere, utique ea possis, dumne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi, non clam, non precario ab illo usus esse, vim fieri veto.*

(g) L. 1. pr. de cloacis (43. 23.). *Ulp.* Praetor ait: *Quominus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de re agitur, purgare, reficere liceat, vim fieri veto. Damni infe-*

soggetto alla *cautio damni infecti* pe' danni possibilmente derivanti dalla rifazione del canale.

Dalle altre servitù non vi sono in diritto romano nè speciali nè generali mezzi per tutelare il possesso.

ANNOTAZIONE

L'ultimo principio del testo è oltremodo controverso. Quattro opinioni si dividono il campo. Alcuni, e forse la maggior parte, ammettono indistintamente per tutte le servitù i mezzi possessorii applicando l'*interdictum uti possidetis*, sul fondamento della L. 20. de servit. (8. 1.) (h). Quest'opinione è modificata dal *Puchta* nel senso di escluderne le servitù rustiche per le quali sono determinati speciali interdetti (i). Dopo il *Savigny* è divenuta quasi comune la seguente opinione: che nelle servitù urbane è applicabile l'*interdictum uti possidetis*, non nelle servitù *praediorum rusticorum*, le quali hanno l'azione possessoria, solo quando le leggi determinano uno speciale interdetto (k). Altri limitano ancora l'applicazione degl' interdetti eccettuando tutte le servitù negative, ed ammettono l'*interdictum uti possidetis* per le sole servitù urbane le quali consistono nel continuo possesso di una parte dell' altrui proprietà *(servitus tigni immittendi, oneris ferendi etc.)* (l). Finalmente altri negano l'applicazione dell'*interdictum uti possidetis* a qualunque servitù reale sia urbana, sia affermativa o negativa (m).

In tanta varietà di opinioni bisogna meditare sul carattere giuridico dell' *interdictum uti possidetis* da noi altra volta esaminato (§. 174): e da questo esame risulta meglio fondata l'ultima opinione.

È principale scopo dell'*interdictum uti possidetis* determinare le parti pel giudizio petitorio, onde l'applicazione alle servitù non è giustificabile mancando lo scopo della futura questione petitoria. Oltre a ciò, nelle servitù, specialmente urbane, la domanda suscitata da questo interdetto: *quis possessoris partes sustinet ?* è perfettamente inutile, essendo patente il fatto del possesso in ogni caso concreto; così p. e. colui che pretende avere un *altius non tollendi*, o un *ius tigni immittendi*, è addimostrato possessore unicamente quando l' edificio altrui non è elevato più alto, o quando i proprii materiali s' immettono nell' altrui; per tutelare la quale *possessio* sono dati dal diritto altri mezzi come la *operis novi nunciatio*, e l'*interdictum quod vi aut clam.* L'applicazione dell' *interdictum uti possidetis* alle servitù urbane può essere giustificato solamente, quando se gli assegna come scopo la rimozione delle molestie, ossia quando si consideri come azione *ex maleficio:* ciò confutato, è rigo-

---

cti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo. — *Idem.* L. 1. §. 7. eod. Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit, non esse in interdicto addendum: *Quod non vi, non clam, non precario ab illo usus*, ut, etiam si quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.

(h) *Thibaut*, Arch. di prat. civ. I. 111. — *Mühlenbruch*, §. 293.

(i) *Puchta*, Pandette §. 139.

(k) *Savigny*, del possesso §. 46. — *Mackeldey*, §. 294. — *Schilling*, Istituz. II. 203.

(l) *Rudorff*, giornale per la scienza storica del diritto p. 349. — *Arndts*, Pand. §. 192. annot. 4.

(m) *Rauschenplat*, de oner. prob. in neg. act. p. 29. — *Wiederhold*, interd. uti poss. p. 48. — *Burchardi*, arch. d. pr. civ. XX. 24.

rosa conseguenza l'inapplicabilità dell'interdetto alla *quasi possessio* delle servitù urbane (n).

Nessuna legge d'altra parte applica l'interdetto *uti possidetis* alle servitù. L'opinione contraria argomenta per analogia dalle servitù personali, ed in secondo luogo dalla legge 20. *de servit.* (8. 1.), che dice: *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Sul primo argomento è da osservare, che l'*interdictum uti possidetis* alle servitù personali non è stato applicato per conseguenza di legge, ma per determinazione speciale dell'editto pretorio (o). Le parole poi della legge 20 hanno un significato troppo ampio, perchè si possano riferire all'interdetto *uti possidetis;* esse significano anzi che le servitù hanno mezzi di tutela rassomiglianti agl'interdetti possessorii, e più propriamente accennano agl' interdetti speciali introdotti per le servitù di via, di acqua, e di cloaca, e all'interdetto *unde vi* per le servitù personali.

Più importante è l'argomento tratto dalla legge 8. §. 5. *si serv. vind.* (8. 5.), il quale pure vien meno leggendo questo passo in unione del seguente §. 6.: le parole *sed et interdictum uti possidetis locum habere poterit, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti* non si riferiscono ad una servitù, ma vogliono dire semplicemente che per difendere la propria azione sul proprio fondo vale tanto un' *actio confessoria* quanto l'*interdictum uti possidetis*, e quest'ultimo nel caso che qualcuno volesse impedire un qualunque diritto di uso nascente dalla proprietà: *si quis prohibetur, qualiter velit, suo uti,* poichè secondo Ulpiano: *videris mihi possessionis controversiam facere qui prohibes me uti mea possessione* (p). Finalmente un altro argomento traggono dalle parole del Pretore: *de cloacis hoc interdictum non dabo;* le quali escludendo l'interdetto dalla *servitus cloacae* ricordano perciò solo che sia ammesso per le altre servitù. Ma in ciò si erra, imperocchè non è a chi ha il diritto di servitù che viene negato l' *interdictum uti possidetis*, ma al proprietario dell' edificio, in quanto che non gli è dato usarlo contro colui, che gli molesta il possesso per racconciare e pulire la cloaca; nel qual caso non ha neppure luogo l'*operis novi nunciatio*, *quia cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur* (q).

L'inapplicabilità dell'interdetto *uti possidetis* è chiara abbastanza dalla legge 3. §. 5. *uti possidetis:* « Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi « dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est « apud Cassium relatum, *utrique esse inutile*, quia aliter solum possidet, aliter cum « aedibus superficiem »; cioè: perchè in questo caso sul fatto, *quis possessor proiectionis sit*, non vi può essere controversia; epperò inconveniente risulta l'*uti possidetis*, che appunto suppone simili indagini. Lasciata da parte l'alterazione fattavi dal *Cuiacio* seguita da qualche moderno e generalmente rifiutata, che invece di *inutile* legge *utile*, in opposizione di questo passo si è messo un altro dello stesso autore, il §. 6. della medesima legge 3. « Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in ae« des tuas proiectum habeo, interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proie« cto tegetur; an, quo facilius possim retinere possessionem eius protectionis, inter« dico tecum; sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est » ?

Da ciò si vorrebbe dedurre che Labeone contraddicendo a Cassio, abbia ammesso l'*interdictum uti possidetis*, opinando questi essere nell'interdetto una controversia di possesso quegli un'azione *ex maleficio*; e si rifiuta quindi l'opinione del primo (r). Non si comprende perchè alla domanda di Labeone debbasi rispondere affermativamente, mentre dalle parole stesse di Ulpiano: *Labeo quoque scribit* non si fa supporre contraria opinione in questo giurista.

(n) *Pfeifer*, pass. pag. 133. — *Wangerow*, §. 355.

(o) Ved. Vat. fragm. §. 90. 91. L. 27. de donat. (39. 5.).

(p) L. 3. §. 2. uti poss. (43. 17.).

(q) L. 1. §. 12. de cloac. L. 1. §. 13. de oper. nunc. (39. 1.).

V. Della estinzione del diritto di servitù.

§. 191.

A. Della estinzione delle servitù in generale.

I. Le servitù, massimamente le personali, si estinguono con la morte di chi ha il diritto. L' usufrutto passa agli eredi unicamente quando fu espressamente dichiarato nell'atto di costituzione, e sempre ai soli primi, se non fu esteso per patto successivamente ad altri (a).

Quando un usufrutto è legato al figlio di famiglia e per conseguenza acquistato dal padre, gli antichi giuristi questionavano se cessasse con la morte del padre, o con quella del figlio. Giustiniano decise che morendo il padre prima del figlio l' usufrutto passasse a quest' ultimo, morendo prima questi restasse al padre, ossia che si estinguesse con l' ultimo morente (b).

(r) ***Puchta***, Pand. §. 139. not. g.—***Arndst***, Pand. §. 192. not. b.

(a) §. 3. Inst. de usufr. (2. 4.). Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus: quae omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit), vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei acquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumtae fuerint, vel etiam terrae motu aut vitio suo corruerint, exstingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi. — L. 38. §. 10. de V. O. (45. 1.). — L. 12. pr. C. de usufr. (3. 33.). ***Iustinian.*** Ambiguitatem antiqui iuris decidentes sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuicunque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius eius vel quisquam alius pervenerit, atare usumfructum in annos, in quos testator statuit, sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus; tunc etenim ad posteritatem usumfructum transmitti non est possibile, quum morte usumfructum penitus exstingui, iuris indubitati sit. — L. 5. pr. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.).

(b) L.17.C.de usufr.(3.33.).*Iustin.*Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si ususfructus, per servum acquisitus vel per filiumfamilias, capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione, vel servi quaeunque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere. Et ideo sancimus, in huiusmodi casibus, neque si servus vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usumfructum, qui per eos acquisitus est, sed manere intactum; neque si pater magnam capitis deminutionem vel mediam passus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemtus, usumfructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur. Usumfructum enim per eum acquisitum apud eum remanere etiam post patris calamitatem oportet, quum plerumque verisimile est, testatorem contemplatione magis filii, quam patris usumfructum ei reliquisse.

L' usufrutto costituito in favore di una persona morale si estingue dopo cento anni, in analogia del più lungo termine della vita fisica, purchè l' *universitas personarum* non si disciogliesse prima (c).

Le servitù personali si estinguono pure con la *capitis deminutio maxima* e *media*, eccetto la servitù di abitazione che non si estingue per queste cause (d).

Le servitù reali, essendo il soggetto del diritto rappresentato dal fondo dominante (*praedium dominans*), perendo questo, si estinguono; ma rivivono, se quel fondo è riprestinato, purchè non sia passato il tempo della prescrizione (e).

II. Tutte le servitù si estinguono col perimento dell' oggetto sul quale si esercitano, con la sola differenza, che nelle servitù prediali il diritto rivive ripristinato l' oggetto, e nelle servitù personali si estingue totalmente, eccetto che non sia perita la totalità della cosa, ma una parte, le accessioni e non la cosa principale, ovvero che l'esercizio sia mancato per ostacoli indipendenti dalla volontà delle parti (f).

III. Le servitù si possono estinguere per remissione da parte di colui che ha il diritto. Una tale rimissione affinchè avesse per conseguenza l'estinzione della servitù urbana, bisogna che venga accettata dal proprietario del fondo servente espressamente o tacitamente; la ragione è che questi, avendo parduto una parte effettiva di proprietà, deve riacquistarla coll' accettazione della rinuncia della parte contraria; non così per le servitù rustiche e personali. La remissione fatta da uno dei condomini del fondo dominante, non potendo la servitù estinguersi in parte, non avrà valore prima che non consentano gli altri condomini (§. 178). È necessario in fine che la remissione venga interpretata strettamente, cosicchè se altri ha più diritti di servitù, la sua rinunzia deve essere limitata a' soli diritti che abbia indicati (g).

(c) L. 56. de usufr. (7. 1.). *Gaius*. An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est; periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est; qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.—L. 21. Quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.).

(d) L. 16. C. de usuf. (3. 33.): — ved. not. (b).

(e) L. 14. quem. de serv. (8. 6.). *Iavolen.* Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est. — L. 71. de usufr. (7. 1.). — L. 5. §. 3. L. 6. 7. quib. mod. ususfr. (7. 4.).

(f) L. 14. quem. serv. amitt. (8. 8.). — ved. not. prec. — L. 8. L. 10. §. 1. 7. L. 23. quib. mod. usufr. (7. 4.). *Ulp.* Non tantum si aedes ad aream redactae sint, ususfructus extinguitur, verum etiam si demolitis aedibus testator alias novas restituerit; plane si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum. — L. 36. pr. L. 71. de usufr. (7. 1.).

IV. Le servitù si estinguono per confusione, quando diritto e proprietà si congiungono nella medesima persona; la confusione è chiamata *consolidatio* nell' usufrutto, ed avviene o quando l' usufruttuario cede il suo diritto al proprietario, ovvero quando acquista la proprietà della cosa (h). Quando la proprietà del fondo dominante o servente è divisa tra molti, affinchè la servitù potesse dirsi estinta per confusione, devono tutti concorrere all' acquisto dell' altro fondo.

Così estinta la servitù, non rivive mai più, eccetto se la confusione avvenne in un modo revocabile *ex tunc* (i).

V. La servitù costituita sotto una condizione o ad un tempo determinato, termina con l' avverarsi della condizione o col finire del tempo; se personale, si estingue *ipso iure* (k), se prediale *ope exceptionis* (l).

§. 192.

B. Estinzione delle servitù per non uso.

Tutte le servitù si estinguono, quando per lo spazio di dieci anni in caso di presenza o di venti in caso di assenza chi ha il diritto non le esercita; si estinguono senza fare differenza, come nell'antico diritto facevasi, se vengono esercitate su cose mobili od immobili. Le servitù le quali si possono esercitare solamente di due in due mesi, o a più larghi periodi si estinguono col non uso di venti anni senza riguardo alla presenza o all' assenza (a).

(g) L. 21. serv. praed. urb. (8. 2.). *Pompon.* Si domus tua aedeficiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero, ius esse invito me altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut, si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat; si non impediantur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.

(h) L. 1. quib. mod. serv. amitt. (8. 6.). *Gai.* Servitutes praediorum confunduntur, si iidem utriusque praedii dominus esse coeperit.—§. 3. Inst. de usuf. (2. 4.). — confr. L. 18. de servit. (8. 1.). — L. 9. com.praed. (8.4.). *Pompon.* Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres extiti, et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.

(i) L. 8. §. 1. de servit. (8. 1.). — L. 30. pr. §. 1. de serv. praed. urb. (8.2.). *Paulus.* Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberae veniunt.—L. 27. de serv. praed. rust. (8. 3.).—ved. not. prec.

(k) L. 15. quib. mod. usufr. am. (7. 4.). — L. 5. C. de usufr. (3. 33.).

(l) L. 4. de servit. (8. 1.).

(a) L. 13. de servit. (3. 34.): *Iustinian.* Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium

Per interrompere questa specie di prescrizione è mestieri che l'avente diritto eserciti la sua servitù o egli stesso, ovvero in quelle servitù che comportano l'alienazione dell'esercizio, per mezzo di terze persone (b).

L'esercizio parziale è sufficiente per conservare la servitù in tutta la sua integrità; eccetto per l'usufrutto, che si conserva solamente su quelle parti, dove seguì l'esercizio (c).

La servitù esercitata da uno dei condomini si conserva anche per gli altri che non ne usino.

Il diritto di abitazione ed il diritto di andare al sepolcro non vanno soggetti a prescrizione (d).

Nelle servitù urbane non basta il solo non uso ad estinguere il diritto, ma con le forme della prescrizione acquisitiva è necessario che il proprietario del fondo servente riacquisti tuttociò che avea perduto della sua proprietà per la costituzione della servitù; il riacquisto ha nei testi il nome di *usucapio libertatis*, e si raffigura come la costituzione di una servitù contraria (§. 180.).

Per l'*usucapio libertatis* è mestieri che il proprietario del fondo servente non solo possegga questo (e), ma nello stesso tempo si metta in

---

in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatio contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis. — L. 14. C. de servit. (3. 34.). — L. 7. quemad. serv. amitt. (8. 6.).

(b) L. 12. §. 2. L. 38-40 de usufr. (7. 1.). *Marcian.* Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine eius alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quod, si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor usumfructum retinere. *Gaius.* Quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. *Marcianus.* Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.

(c) L. 2. 8. §. 1. quem. serv. amitt. (8. 6.). *Paul.* Is, qui per partem itineris it, totum ius usurpare videtur. — L. 14. 20. 25. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.). *Pomp.* Placet, vel certae partis, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti.

(d) L. 10. pr. de usu et habit. (7. 8.). *Ulpian.* Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo Quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione. — L. 4. quem. serv. amitt. (8. 6.). *Paul.* Iter sepulcro debitum non utendo nunquam amittitur.

(e) L. 32. §. 1. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 6. de serv. praed. urb. (8. 2.): *Gai.* Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas hapossesso della facoltà a lui tolta per mezzo della costituzione della servitù; quandochè per la prescrizione del non uso senza bisogno di azioni positive o di quasi possesso da parte del proprietario del fondo servente è sufficiente l' abbandono da parte del proprietario del fondo dominante. Una grande differenza finalmente esiste nel modo di computare il termine; imperocchè pel non uso, trattandosi di prescrizione estintiva di un diritto, bisogna che passi tutto l' ultimo giorno del termine stabilito dalle leggi; nell' *usucapio libertatis* per contrario, trattandosi di acquisto, è sufficiente che giunga la prima ora dell' ultimo giorno (§. 70).

CAPITOLO IV.

ENFITEUSI E SUPERFICIE.

I. Della enfiteusi.

§. 193.

A. Concetto della enfiteusi; diritti ed obblighi dell' enfiteuta.

L' enfiteusi è un diritto reale alienabile e trasmissibile per eredità sulla cosa immobile altrui, pel quale si ha un pieno godimento della cosa con la soggezione di pagare al proprietario un canone annuale. Chi ha questo diritto dicesi enfiteuta o *emphiteuticarius*, il proprietario è detto *dominus emphyteuseos*, e la cosa *fundus emphiteuticus*, *emphiteuticarius*, oppure *vectigalis*.

1) L' enfiteuta ha il diritto di godere la cosa con tutte le sue accessioni ampiamente come il vero proprietario, ed acquista la proprietà dei frutti naturali per mezzo della separazione (a). Egli può disporre della

---

buero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. §. 1. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum; ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet.

(a) L. 1. h. t. (6. 3.): *Paul.* Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, vel est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. §. 1. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes. L. 2. ita tamen si vectigal solvet. — L. 1. C. h. t. (4. 66.) — §. 3. Inst. de loc. et cond. (3. 24.). — L. 1. §. 1. h. t. — L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). *Paul.*

cosa nella forma e nella sostanza, a patto solo di non deteriorarla (b): può alienare il diritto stesso tanto per atti privati tra vivi, quanto *mortis causa* p. e. per legato; e finalmente il diritto si trasmette agli eredi (c).

2) Per tutelare il suo diritto è data all' enfiteuta un' azione utile petitoria, la *vectigalis actio*, rivendica del fondo da ogni terzo possessore; per analogia è data pure un' *actio Publiciana*, una *utilis rei confessoria* e *negatoria* (§. 189), tutte le azioni che competono al proprietario (d), ed in fine per virtù del possesso derivato gl' interdetti possessorii (§. 150).

3) Il diritto di enfiteusi può appartenere a molti eredi sulla cosa stessa, ma questa non può essere divisa; quindi molti eredi saranno tenuti *in solidum* alla prestazione del canone (e), meno che per la divisione. non vi fosse il consenso del proprietario. Finalmente l' enfiteuta non ha diritto sulle accessioni, e sul tesoro trovato nel fondo, sul quale egli esercita il suo diritto (f).

4) D' altra parte l' enfiteuta ha l' obbligo di mantenere il fondo in una conveniente coltura, in buono stato, e di sopportare tutti i pesi che vi gravitano.

5) È obbligo precipuo dell' enfiteuta di pagare il canone annuale (*pensio, vectigal*) al proprietario nel tempo stabilito, senza che potesse essere mai diminuito nè per manco di rendite, nè per qualunque evento, che facesse anche perire una parte del fondo enfiteutico (g).

Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

(b) Nov. 7. c. 3. §. 2.—Nov. 120. c. 6.

(c) §. 3. Inst. cit.—L. 1. C. de fund. patr. (11. 61.).—L. 71. §. 5. 6. de legat. (30.). *Ulp.* Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus.—L. 10. fam. ercisc. (10. 2.).—L. 1. pr. h. t. — Ved. not. (a). — Nov. 120. c. 6.

(d) L. 1. §. 1. L. 2. h. t.—L. 15. §. 26. de damno inf. (39. 2.). — L. 66. pr. de evict. (21. 2.).—L. 12. §. 2. de Publ. in rem act. (6.2.). *Paul.* In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.— L. 16. de servit. (8. 1.).—L. 23. §. 1 de aqu. et aquae pluv. (39. 3.).—L. 5. §. 3. de arb. furt. caes. (47. 7.).—confr. L. 3. §. 3. de op. nov. nunc. (39. 1.).—L. 13. §. 8. de damn. infect. (39. 2.). — L. 11. §. 14. quod vi (43. 24.). — L. 4. §. 9. fin. reg. (10. 1.).

(e) L. 7. comm. divid. (10. 3.). *Ulp.* Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum; magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione, alioquin praestatio vectigalis confundetur.—confr. L. 9. 10. fam. arc. (10. 2.).

(f) Ved. §. 39. Inst. de div. rer. (2. 1.).

(g) L. 2. C. h. t. — ved. §. 195. not. (f). — Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 8.

6) Se l'enfiteuta vuole alienare il suo diritto ha obbligo di annunziare la vendita al proprietario e le condizioni pattuite, ed attendere due mesi durante i quali quegli può essere preferito nella compra alle medesime condizioni (*diritto di prelazione*). Oltracciò l'alienazione non può seguire senza il consenso del proprietario, il quale veramente non può impedirla se non quando provi che la coltura sarebbe deteriorata in mano del nuovo enfiteuta, o che questi non sia atto a pagare il canone; l'enfiteuta che aliena è inoltre obbligato a dare al proprietario la cinquantesima parte del prezzo convenuto (*laudemio*) (h).

7) L'enfiteuta non è tenuto a prestare cauzione, eccetto se si tratti di un fondo appartenente allo Stato o al patrimonio dell'imperatore (i).

8) Finalmente per mezzo di disposizioni contrattuali i diritti e gli obblighi dell'enfiteuta si possono estendere o restringere (k).

§. 194.

B. Costituzione della enfiteusi.

Si disputava se il contratto che concedeva il diritto reale sui fondi *vectigales* o fondi di municipii, o sui fondi patrimoniali, fondi *emphyteuticarii* fosse una *emtio venditio*, poichè concedeva all'enfiteuta diritti molti simili alla proprietà ed era esso stesso trasmissibile sì per atto tra vivi che *mortis causa*, o una *locatio conductio*.

Tale contratto di fondazione tra i *dominus* e l'enfiteuta di un carattere incerto fu determinato da Zenone come contratto *sui generis* ed appellato *emphyteuticarius*, senza cambiar la sua natura come contratto consensuale; esso dà origine ad un vincolo di obbligazione e perciò ad un *actio emphyteuticaria in personam*; quindi come nella proprietà e nelle servitù, il solo contratto, non essendo sufficiente a generare il diritto reale della enfiteusi, richiedesi la tradizione per dar luogo all'*actio in rem vectigalis* (a).

(h) L. 3. C. h. t. (4. 66.).

(i) L. 7. C. h. t. (11. 61.). *Grat. et Valentin.* Quicunque ad emphyteusin fundorum patrimonialium vel reipublicae iussu nostri numinis venerit, is, si redundantia fortunarum idoneus fuerit ad restituenda, quae desertis forte possessionibus requirentur, patrimonium suum publicis implicet nexibus. Si vero minor facultatibus probabitur, datis fideiussoribus idoneis ad emphyteusin accedat; scientibus his, quos talium rerum cura sollicitat, in se negligentiae damna, si huiusmodi cautio defuerit, esse vertenda.

(k) §. 3. Inst. l. c.—L. 1. 3. C. h. t. *Zeno.* Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium sit constitutum, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habita placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri; ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.

L'enfiteusi fatte dalle Chiese debbono compilarsi per iscritto; nelle altre la scrittura è solamente richiesta per la validità de' patti particolari aggiunti (b).

2) L'enfiteusi si può anche costituire per legato e per prescrizione almeno di 30 a 40 anni.

ANNOTAZIONI

È molto controverso se l'enfiteusi possa essere acquistata per prescrizione: bisogna distinguere i seguenti casi.

1) Quando qualcuno abbia usucapita una cosa, il cui primo possessore era un'enfiteuta, bisogna stabilire che egli acquista una proprietà enfiteutica pel noto principio, *tantum praescriptum quantum possessum*.

2) La prescrizione ordinaria per acquistare il diritto di enfiteusi è comunemente ammessa, solo si fa questione, se sia da regolare coi principii della usucapione per l'acquisto della proprietà o con quelli per l'acquisto della servitù (c). Essa però è inapplicabile, prima perchè le leggi non ne fanno parola, secondariamente perchè non vi è la *quasi possessio*, come delle servitù, del diritto di enfiteusi, ma solo la *possessio* della cosa data in enfiteusi (d).

Del resto bisogna sempre distinguere l'origine della enfiteusi dalla sua trasmissione, nel primo caso puossi applicare solamente l'usucapione straordinaria: ma per l'acquisto di una enfiteusi già esistente può essere applicabile tanto l'una quanto l'altra usucapione (e).

(a) L. 1. C. h. t.—L. 1. §. 1. h. t. — §. 13. Inst. (3. 21.).—§. 3. Inst. de loc. et cond. (3. 24). Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talia contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire: quo iure utimur.

(b) Nov. 120. c. 6. §. 2.—L. 1. C. h. t.

(c) *Gesterding*, proprietà pag. 417.—*Thibaut*, Sist. 1018.—*Mackeldey*, comp. §. 298.

(d) *Unterholzner*, prescrizione. II. 239.—*Mühlenbruch*, comp. §. 297.—*Zimmern*, investigazioni sul diritto romano pag. 126.—*Puchta*, Pand. §. 177.

(e) *Puchta*, l. c.—*Arndts*, Pand. §. 198.—*Vangerow*, Pand. §. 360.

§. 195.

C. Estinzione della enfiteusi.

L'enfiteusi si estingue come ogni diritto reale, ed in particolare come ogni *ius in re aliena*, per confusione o per consolidazione, val dire, quando l'enfiteuta acquista la piena proprietà del fondo, ovvero quando il diritto di enfiteusi si riunisce alla proprietà, il quale secondo caso avviene:

1) se è spirato il termine fino al qual fu costituito il diritto (a);
2) se l'enfiteuta muore senza eredi;
3) se si rivoca *ex tunc* la proprietà di chi costituì l'enfiteusi;
4) se il fondo perisce completamente (b).

L'estinzione di questo diritto può inoltre avvenire per pena, consolidandosi il diritto *ipso iure*, sebbene l'enfiteuta non possa essere espulso dal fondo senza intervento dell'autorità giudiziaria, ciò avviene specialmente nei seguenti casi:

1) se non fu pagato il canone per tre anni di seguito, o per due anni verso le Chiese (c); il proprietario non perde il diritto di devolvere a sè la enfiteusi nemmeno quando abbia posteriormente ricevuto il canone, eccetto se lo abbia accettato o abbia richiesto anche quello dell'anno successivo, essendovi in tali casi la tacita intenzione da parte sua di continuare l'enfiteusi (d);

2) se per tre anni di seguito l'enfiteuta non esibì al proprietario le quietanze delle imposte (e).

(a) L. 3. C. h. t. (4. 66.). — L. 3. si ager. vect. (6. 3.). *Paul.* Idem est, etsi ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum est.

(b) L. 1. C. (4. 66.). — Ved. not. (l).

(c) L. 2. C. h. t.

(d) Ved. *Glück*, VIII. pag. 530.

(e) L. 2. C. eod. — *Iustinian.* In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem aliae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis observari, et de reiectione eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere; nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis vel eorum, quae emponemata dicuntur, vel poena opponenda, sed omnimodo eo, si dominus voluerit, repellendo, neque praetendente, quod non est super hac causa inquietatus, quum neminem oportet conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere, et reditum minime velle suscipere, ut ex huiusmodi machinatione, triennio elapso, suo

3) Se alienò il fondo senza darne avviso al proprietario, o se occultò di proposito il prezzo della vendita (f);

4) Se per colpa dell' enfiteuta venne deteriorata la sostanza del fondo (g).

Avvenuta l' estinzione del diritto per una delle suddette mancanze, l'enfiteuta potrà essere condannato non solo al pagamento del canone arretrato, ma anche ai danni ed alla restituzione dei frutti perdendo ogni diritto ai miglioramenti fatti nel fondo (h).

L'enfiteusi come ogni altro diritto si estingue per la rinuncia di colui che ne ha il diritto.

Finalmente si estingue per prescrizione nei seguenti casi:

1) Quando l'enfiteuta stesso o il suo successore universale usucapisce la proprietà, come quando l'enfiteuta conchiude con un supposto *dominus emphiteuseos* un atto idoneo a trasmettere la proprietà, ovvero quando l'enfiteuta nulla conoscendo della qualità del fondo, lo aliena.

2) Quando un terzo contro il proprietario e lo stesso enfiteuta acquista la proprietà del fondo per usucapione.

3) Generalmente per mezzo della prescrizione dell' azione enfiteuticaria (i).

§. 196.

II. Della superficie.

T. D. de superficiebus (43. 18.).

In senso generico dicesi superficie, tutto quello che trovasi sul suolo altrui, o che vi si attiene, ed in questo senso ogni edificio è *superficies* in contrapposto di *solum*. In un senso più speciale intendesi per *superficies* un diritto di edificare sul suolo altrui, o di avere una stanza *(coenaculum)* sull' edificio altrui mediante contratto conchiuso col proprietario. È quindi la *superficies* anche essa un *ius in re aliena*. Il diritto di superficie è essenzialmente alienabile tanto per atti tra' vivi quanto per causa

---

iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat, licentiam ei concedimus, attestatione praemissa, pecunias offerre, hisque obsignatis et secundum legem depositis, minime deiectionis timere periculum.

(f) L. 3. C. eod.

(g) L. 3. C. eod. N. 120. c. 8.

(h) Nov. 7. c. 3. §. 2.

(i) L. 7. §. 6. de praescr. 30 vel 40. ann. (7. 39.). — Ved. §. not. L. 15. §. 27. de damn. inf. (39. 2.). *Ulp.* Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.

di morte. In questa relazione colui che ha il diritto appellasi *superficiarius, dominus soli* il proprietario (a).

Dove non vi è espressa differenza sono applicabili alla superficie i medesimi principii dell' enfiteusi.

Le principali differenze tra due istituti giuridici sono le seguenti:

1) L' obbietto della enfiteusi è per lo più un fondo rustico e quello della superficie essenzialmente un fondo urbano.

2) L' enfiteusi è generata da un contratto *sui generis*, contratto enfiteuticario, la superficie da uno qualunque, come da un contratto di vendita, di locazione, di permuta (b).

3) Il superficiario è come l' enfiteuta libero di disporre della cosa, come imporre servitù: ma contrariamente all'enfiteuta non è in mancanza di speciali determinazioni contrattuali soggetto a nessuna limitazione in rapporto alle alienazioni (c).

4) Finalmente al superficiario insieme alle altre azioni per tutela del suo diritto è dato un apposito interdetto appellato *de superficiebus* (§. 150.) (d).

In tutto il resto valgono i principii dell'enfiteusi: così quanto all' obbligo di sopportare tutti i pesi inerenti alla cosa (e); ma quanto al canone annuale non v'è obbligo essenziale senza espressa stipulazione (f). Egualmente, come l'enfiteuta, può il superficiario produrre utilmente le azioni di *rei vindicatio*, *publiciana in rem actio*, *confessoria* e *negatoria*, ed in generale tutte le azioni che nascono dal diritto di proprietà, non che gl'interdetti recuperatorii (g).

(a) L. 86. §. 4. de legat. (30.). — L. 19. pr. de damn. infect. (39. 2.). — L. 3. §. 7. uti possid. (43. 17.). — L. 2. h. t. *Gai*. Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas, et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

(b) L. 1. §. 1. 3. h. t. Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest, agendo consequetur, sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus, et cedere. Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius, quam in personam experiri, hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri.

(c) L. 1. §. 6. 7. 9. h. t. p. 788. *Ulp.* Sed et tradi posse intelligendum est, ut et donari et legari possit.—L. 16. §. 2. de pign. act. (13. 7.). — L. 13. §. 3. de pign. (20. 1.). — L. 10. fam. erc. (10. 2.). — L. 15. qui pot. in pign. (20. 4.).

(d) L. 1. §. 1. 2. h. t. — Ved. not. (b).

(e) L. 75. §. 1. L. 74. de rei vind. (6. 1.). — L. 7. §. 2. de usufr. (7. 1.). — L. 39. §. 5. de legat. (30.). *Ulp.* Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium vel pro aquae forma. — L. 9. §. 4. de damn. inf. (39. 2.).

(f) L. 15. qui pot. (20. 4.). — Confr. L. 2. §. 17. ne quid in loco publ. (43.8.). — L. 74. de rei vind. (6. 1.).

(g) L. 1. §. 3. 4. h. t. *Ulp.* Is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. Plane si adversus superficiarium velit vindi-

5) Il superficiario può anch' egli essere espulso dal fondo sul quale esercita il diritto se per due anni manca di pagare la mercede convenuta; ed innanzi a qualunque altro creditore il proprietario avrà preferenza per la soddisfazione del suo credito sul valore della superficie (h).

CAPITOLO V.

DIRITTO DI PEGNO.

D. Lib. XX. C. VIII. 14-36. — *Balduin*, comm. de pignoribus et hypothecis, ved. *Heinn.* iurisprudentia Rom. et Att. tom. I. pag. 253. ss.— *Donellus*, de pignoribus et hypothec. (ved. opp. tom. VI.)—*Alteserrae*, comment. ad lib. XX. D. in Recit. quotid. tom. I. pag. 353.—*Erxleben*, principia de iure pign. et hypothec. Gott. 1779.—*Gesterding*, teoria del diritto di pegno, Greifswald 1816. 1831.—*Bachofen*, il diritto di pegno romano, Basilea 1847. — *Dernburg*, il diritto di pegno esposto secondo i principii dell'odierno diritto romano, Lipsia 1864.—Ved. anc. Corpus selectorum tractatuum de pignorib. et hypothecis. Franc. 1586.

I. Carattere giuridico del diritto di pegno (a).

§. 197.

1) Concetto e divisione del pegno.

Il pegno è un diritto reale sulla cosa altrui che ha il creditore per sicurezza dei suoi diritti, ai quali resta obbligata la cosa.

Questo diritto reale diversifica molto dagli altri *iura in re aliena.* Ogni altro diritto reale si caratterizza come un totale e parziale dominio sulla cosa altrui: non così il pegno, dal quale non si genera nessun diritto materiale che possa rientrare nella cerchia di quelli inerenti alla proprietà. Lo stesso diritto di alienare l'oggetto che ha il creditore, dopochè il debitore non ha soddisfatto l'obbligazione, non è tale da poter essere con-

---

care, dicendum est, exceptione utendum in factum data; nam cui damus actionem, eidem et exceptione competere multo magis quis dixerit. §.5. Si soli possessori superficies evincatur, aequissimum erit, subveniri ei vel ex stipulatu de evictione, vel certe ex emto actione.—L.73-75. de rei vind. (6.1.).—L. 12. §. 3. de Publ. act. (6.2.).—L. 3. §. 3. de oper. nov. nunc. (39.1.).—L. 13. §. 8. L. 39. §. 1. de damn. inf. (39. 2.). — L. 11. §. 14. quod vi (43. 24.).—L. 1. §. 3. de vi (43. 16.).

(b) L. 54. §. 1. L. 56. locat. (19. 2.). *Paul.* Quum domini borreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus, nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire, et ea, quae ibi sunt, describere, a publicis personis, quorum interest, audiendi sunt; tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari.—L. 15. qui pot. in pig. (2. 4.).

(a) Ved. Appendice X alla fine del capitolo.

siderato come staccato dalla proprietà; stantechè durante il pegno la facoltà di alienare come conseguenza del diritto di proprietà non vien negato allo stesso debitore, e quella facoltà è piuttosto fatta valere dal creditore come un procuratore del debitore. Da ciò si spiegano molte conseguenze che altrimenti sarebbero singolarità; perciò il creditore non è obbligato verso il compratore alla garantia per evizione o per vizii occulti, così il tutore che aliena l'oggetto impegnato al credito del minore non ha bisogno del decreto del magistrato ecc. (a). Il diritto di pegno si rappresenta adunque come un'*obligatio rei*, cioè la cosa non è, come in ogni diritto reale, sottoposta ad una più o meno estesa dominazione del creditore pignoratario, ma dev' essere considerata come nella medesima relazione di un debitore rispetto al suo creditore. I testi esprimono quest'idea con le frasi: *obligatio, rem obligare, pignoris iure obligare, rem in obligationem deducere, in obligationem dare.*

Questo diritto del creditore è pegno nel senso stretto, quando a lui è trasferito il possesso dell' oggetto: ipoteca veramente quando il possesso resta allo stesso debitore; ma tanto il pegno quanto la ipoteca, fuori il fatto del possesso, hanno il medesimo valore (b).

Il pegno è generale se comprende tutto il patrimonio del debitore: è speciale se determinate cose (c).

Il pegno è volontario, quando è costituito per atto privato, ossia per contratto o testamento; è necessario, quando si costituisce indipendentemente dalla volontà degl'interessati, ossia o direttamente per legge, o per mezzo di sentenza giudiziaria.

Finalmente il pegno suppone necessariamente una obbligazione, ossia ha carattere puramente accessorio. L'obbligazione a cui accede deve essere valida, sia come obbligazione civile, sia anche come naturale (d) (1). Si può fondare un pegno per un' obbligazione futura, nello stesso modo che un fideiussore si può obbligare prima dell'obbligazione principale: ma sempre la validità del pegno è subordinata all'esistenza della obbligazione (e).

(a) L. 5. §. 3. de reb. cor. (27. 9.).

(b) L. 238. §. 2. de V. S. (50. 16.). — L. 9. §. 2. L. 35. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit nec possessio ad creditorem. — §. 7. Inst. de act. (4. 6.).

(c) L. 29. §. 3. L. 34. §. 2. de pign. (20. 1.) *Scaev.* Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis haberet, habiturusve esset; quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, quum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignori esse coeperint? Respondit coepisse.

(d) L. 5. de pign. (20. 1.). *Marc.* Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali; sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit. — L. 10. 1. §. 1. de solution. (46. 3.).

Il pegno è indivisibile essendo la cosa impegnata per tutta intera la obbligazione, e si estingue unicamente col cessare dell'intera obbligazione (2).

ANNOTAZIONI

(1) È controverso se un pegno costituito per una obbligazione naturale generasse anche un'azione, ovvero il solo diritto di ritenzione.

L'opinione quasi generale tra gli antichi, cioè che nasce l'azione, è stata ultimamente combattuta specialmente con l'autorità del *Weber* (f). Le ragioni di questa seconda opinione sono considerabili: col carattere del diritto di pegno come accessorio non è compatibile che esso sia più forte della obbligazione principale: oltracciò è principio di diritto romano che il terzo possessore del pegno non può essere altrimenti tenuto a restituirlo, che a condizione se il creditore gli cedesse l'azione contro il debitore (g).

Questa controversia dev'essere risoluta seguendo una distinzione: se si tratta di obbligazione civilmente valida per sè, ma soggetta ad una eccezione *in odium creditoris introducta*, la questione dovrebbe essere posta in questi termini: l'eccezione che si oppone all'azione personale, puossi egualmente opporre contro l'azione ipotecaria? Nel caso che il pegno fosse costituito da un terzo, secondo le regole della fideiussione, se *animo donandi*, l'eccezione non potrà essere prodotta, se in altro modo, è opponibile senza difficoltà (h). Nel caso che il pegno fosse costituito dal medesimo debitore, se per errore ovvero nel tempo in cui non poteva validamente rinunciare alla eccezione, l'azione ipotecaria sarebbe vinta dall'eccezione;

(e) L. 5.pr.ved. not. prec. L.13. §. 5.h. t. (20.1.). *Marc.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur; sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt: si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.

(f) *Weber*, obblig. nat. §. 107.

(g) L. 19. qui pot. in pig. (20. 4.). *Scaev.* Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum, et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit; creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit; quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi, posse videri non iniustum postulare.—conf. L. 101. §. 1. de solut. (46. 3.) — L. 4. C. de usur. (4. 32.).—L. 2. quae res pignor. (20. 3.). — L. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14. 6.).

(h) L. 2. quae res pignori (20. 3.). *Gai.* Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fideiussori huius mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fideiussore eius. — conf. L. 9. §. 3. ad SC. Maced. cit.

se scientemente e nella possibilità di valida rinuncia, la eccezione non potrà aver luogo (i). Al contrario, se si tratta di una obbligazione civilmente inefficace, ma valida per diritto delle genti, il diritto di pegno produce anche l'azione ipotecaria. E di vero:

1) Il carattere accessorio del diritto di pegno importa solamente che senza obbligazione principale non potrebbe essere costituito. Ma una volta regolarmente fondato ha il suo pieno corso (k), anzi va più oltre, in quanto che può restar fermo quand'anche la principale obbligazione siasi estinta per prescrizione (I. vol. pag. 237) (l).

2) Indipendentemente della perfetta analogia con altri diritti accessorii, come specialmente col *constitutum* e con la fideiussione, in cui ha luogo l'azione, quantunque accessorii di una obbligazione naturale, sono importanti molte leggi sul diritto di pegno tra le quali molte citate in nota, che determinano un diritto di pegno anche per una obbligazione naturale, senza escludere punto l'azione; tanto più quando si considerino le parole della leg. 27. pr. de *noxal. act.*: *nullum pignus est, cuius persecutio negatur*. Aggiungasi che la leg. 59. *ad SC. Trebell.* (36. 1.) determina categoricamente che, sebbene un pegno avesse per fondamento una obbligazione naturale, può dar luogo ad una *persecutio pignoris* (m). Gli argomenti apparentemente di qualche importanza, e specialmente quello della legge 13. *quib. mod. pign. solv.* (20. 6.) che annunzia l'estinzione del diritto di pegno, *si debitor a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit* etc. e quello della legge 60. *de cond. indebiti* (22. 6.), sono stati da noi esaminati in un altro luogo (n).

In rapporto alla cessione dell'azione si è mancato di osservare essere piuttosto un beneficio che un diritto del terzo possessore del pegno (o).

(2) In alcuni casi l'indivisibilità del pegno può generare difficoltà. Se un creditore pignoratario muore lasciando molti eredi, è ritenuto che in virtù della indivisibilità la cosa resta obbligata verso ciascuno di essi per la parte da lui rappresentata (p), ognuno sulla obbligazione che ne forma la base. Quando gli eredi vengono al giudizio di divisione la cosa impegnata dev'essere aggiudicata ad uno dei coeredi, e l'aggiudicatario dovrà dare sicurezza per le parti degli altri.

(i) L. 9. pr. ad SC. Maced. (14. 6.). *Ulp.* Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

(k) L. 13. §. 4. de pignorib. (20. 1.). *Marc.* Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet; et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit, et damnatus sit, aeque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo, sive cum fideiussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata; nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.

(l) L. 7. C. de praescr. 30. ann. (7. 39.).

(m) Conf. L. 3. pr. de cond. indeb. (12. 6.).

(n) Ved. vol. I. pag. 414. 415.

(o) *Vangerow*, Pand. I. §. 364.—*Gesterding*, diritto di pegno 2.ª ediz. p. 7.— *Mühlenbruch*, cessione 3.ª ediz. pag. 412.

(p) L. 1. C. si unus ex plurib. hered. (8. 32.). *Valer.* et *Gall.* Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri.

Se il valore della cosa sia maggiore dell'obbligazione non sarà difficile eseguire le operazioni suddette (q): ma se il valore è dubbio, l'*arbiter* nel giudizio divisorio deve procedere ad una licitazione tra i coeredi, ed aggiudicare l'oggetto al maggiore offerente, proporzionandosi naturalmente alla somma dell'aggiudicazione la parte dovuta agli altri coeredi. Ben si comprende che tale licitazione non dà all'aggiudicatario il diritto di proprietà, ma solamente quello di poter usare del pegno escludendo gli altri coeredi.

Avvenuta l'aggiudicazione si domanda, con qual mezzo l'aggiudicatario può costringere il debitore a rimborsargli le parti pagate agli altri coeredi. Su tale questione decide la legge 29. *fam. erc.* (10. 2.), la cui esposizione è come segue: Paolo propone la questione, se l'aggiudicatario può pretendere da' coeredi che diano una cauzione di garantia nel caso che il debitore si negasse di rimborsargli le loro quote. Il giurista romano risponde negativamente, giustificando la sua sentenza dall'inutilità della cauzione, avendo l'aggiudicatario in sue mani altri mezzi per obbligare il debitore al rimborso di quelle somme.

Quali sieno i mezzi cui Paolo accenna è il dubbio; unanimamente si riconosce che nella prima parte del testo il giurista nomini un'eccezione, nell'ultima parte un'azione; ma non si è concordi se Paolo parli di un'*actio pignoraticia contraria* (r), ovvero di un'*actio, negot. gestorum* (s), ovvero dell'originaria azione dell'obbligazione trasmessa all'aggiudicatario per mezzo dell'aggiudicazione (t).

In verità Paolo per mostrare che l'aggiudicatario è sufficientemente garantito da non aver bisogno di cauzione, suppone due casi, in entrambi i quali il debitore, pronto a soddisfare la obbligazione, nega di pagare quello che l'aggiudicatario ha sborsato per le quote degli altri coeredi.

1) In caso che il debitore dopo ciò chieda al creditore la restituzione dell'obbietto, allora la sua pretensione è respinta con l'*exceptio doli;* volendo riavere l'oggetto, dovrebbe non solo soddisfare il credito dell'aggiudicatario, ma rimborsarlo dei pagamenti fatti a' coeredi. Come Ulpiano nella legge 7. §. 12. *comm. div.*, Paolo porta questo caso in analogia dell'altro: quando un terzo possessore di una cosa data in pegno per mezzo del pagamento della *litis exstimatio* abbia respinta l'*actio hypothecaria* del creditore, come al terzo per cagione del pagamento competerebbe l'eccezione di ritenzione contro qualunque proprietario rivendicasse l'oggetto, così all'aggiudicatario.

2) In caso che il debitore dopo aver soddisfatta la parte dell'aggiudicatario, per evitare il pagamento delle quote soddisfatte agli altri coeredi, chieda la restituzione di una parte delle cose impegnate per mezzo dell'*actio pignoraticia directa*, questo può l'aggiudicatario non permettere, ma pretendere che il debitore chiedesse tutto il pegno, e rimborsasse lui pienamente. Certamente si può obbiettare che il creditore il quale per mezzo della compra s'impossessà di una parte del pegno, deve permettere che il debitore paghi solamente l'originaria obbligazione, ossia la parte propria di lui e non quella comprata, l'aggiudicazione essendo simile alla compra. Questa

---

(q) L. 7. §. 11. com. div. (10. 3.).

(r) *Cuiac.* opp. VII. p. 546. seqq. — *Wolf*, de pignore a creditore heredibus in fam. herc. iudicium deducto, Kil. 1843. p. 23.

(s) Ved. *Gloss.* ad hanc leg.

(t) *Sirtoris*, diritto di pegno §. 447.

obbiezione non monta, essendo la compra un fatto pienamente volontario, l'aggiudicazione imposta da' casi. Anzi l' aggiudicatario può insistere affinchè si riscattasse tutto il pegno; avendo egli soddisfatto gli altri coeredi, agì nell' interesse del debitore, come se fosse stato suo procuratore; onde è ancora regola che il creditore può pretendere con un' azione diretta il rimborso del pagamento fatto. Solamente l'aggiudicatario non potrà insistere su ciò, quando con offerta molto interessate ed importune ha persuasa l'aggiudicazione, poichè allora questa somiglierebbe molto ad una vendita volontaria.

§. 198.

2) Dell' obbietto del pegno.

T. D. Quae res pignori vel hypoth. datae obligari non possunt (20. 3.)—C. quae res pignori obligari possunt (8. 17.).

Può essere obbietto di pegno tutto ciò che è obbietto di proprietà ed è in commercio, purchè l' alienazione non ne sia legalmente impedita: in generale quindi tutto quello che può essere soggetto ad alienazione. Specificatamente sono oggetti di pegno:

I. Le cose materiali che sono in commercio (a), la proprietà con tutte le sue modificazioni, vale a dire anche la *nuda proprietas* (b), o una parte intellettuale della medesima (c).

II. Le servitù in due modi possonsi dare in pegno, sia impegnandosi servitù già costituite, sia come servitù a costituirsi.

1) Il pegno delle servitù reali è impossibile, non potendo l'esercizio di esse essere disgiunto dal fondo dominante. Quanto alle servitù personali l' uso neppure può essere impegnato, perchè, come delle servitù reali, l' esercizio ne è inalienabile. Ben è capace di pegno l' usufrutto, come esercizio e non come diritto; e poichè il diritto resta sempre da parte del debitore, con la morte di lui si estingue e il pegno del creditore, e, secondo le circostanze, anche il diritto del compratore derivante dalla *distractio pignoris* (d). La regola dell' usufrutto è applicabile anche al-

---

(a) L. 3. 6. C. h. t. — L. 1. §. 2. h. t.

(b) L. 18. §. 1. de pignor. act. (13. 7.). *Paul.* Si nuda proprietas pignoris data sit, ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit; eadem causa est alluvionis.

(c) L. 7. §. 4. quib. mod. pign. sol. (20. 6.). *Gai.* Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.—L. 3. §. 2. qui pot. (20. 4.).

(d) L. 11. §. 2. 3. de pign. (20. 1.): *Marcian.* Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum

l' abitazione con le modificazioni corrispondenti al carattere giuridico di questa servitù.

2) Quanto al costituirsi per pegno una servitù dal proprietario del fondo servente, fa d' uopo distinguere le diverse servitù.

a) È testualmente riconosciuto che le servitù rustiche possono essere costituite per pegno (e). Colui ch' esercita il diritto non è il creditore pignoratario, perchè la servitù non può essere divisa dal fondo dominante, ma essa è costituita dal creditore per mezzo della distrazione: cosicchè il compratore è il primo che eserciti il diritto di servitù. In sulle prime la futura servitù vien distinta dalla proprietà, ed il creditore pignoratario n' è messo nel quasi possesso; solo nell' ipoteca può farsi immettere più tardi nel quasi possesso per mezzo dell' *actio hypotecaria;* il suo diritto consiste in ciò, che la parte intellettuale della proprietà del debitore impegnatagli, può essere da lui alienata, cioè costituita in servitù nel caso che il debitore non soddisfaccia l' obbligazione contratta.

b) Le servitù urbane non si possono costituire per nessun modo in pegno (f).

III. S' impegnano ancora le obbligazioni *(pignus nominis);* in questo caso il creditore pignoratario avrà non solo il diritto di alienazione, ma ancora il *ius exigendi*, con un' *actio utilis*, la quale non può essere che *actio in personam*. Se l' obbietto dell' obbligazione è danaro, il creditore si pagherà col danaro ricevuto, se altre cose, le riterrà in pegno, e così il *pignus nominis* si cambierà in *pignus corporis* (g).

---

creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit;* nam et quum emtorem usufructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio. §. 3. Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur non convenire possunt, ut hypothecae sint. — L. 8. quib. mod. pign. (20. 6.). *Marc.* Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

(e) L. 12. eod.: *Paul.* Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

(f) Ved. L. 11. §. 3. — ved. not. (d).

(g) L. 13. §. 2. de pignor. (20. 1.). *Marcian.* Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non; quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris locum futurum apud secundum creditorem. — L. 15. §. 10. de re ind. (42. 1.). — L. 18. pr. de pign. not. (13. 7.).

Per garentire il *pignus nominis* conviene denunziarlo al *debitor debitoris*, e questi sarà obbligato di pagare al creditore del suo creditore; al contrario, s' egli nulla conosce del *pignus nominis*, può pagare al suo diretto creditore, e il pegno si estingue immediatamente.

1) Il pegno stesso può essere obbietto di pegno, non nel senso che il diritto stesso sia impegnato, ma che la cosa impegnata possa nuovamente darsi in pegno.

IV. Finalmente il pegno si può estendere a tutta intera la proprietà del debitore, pegno generale, in opposizione dell' altro su cose singole o sopra una università di cose, che fa un tutto da sè fra le altre cose soggette al patrimonio, come sopra una greggia, una biblioteca ecc., che dicesi pegno speciale.

Le differenze notabili tra queste due specie di pegno sono:

1) Nel pegno speciale soggiace al diritto del creditore unicamente la cosa impegnata con tutte le sue accessioni ed i frutti ancora esistenti (h). Impegnato un complesso di cose sarà sottoposto al pegno il tutto, ma non già le parti singolari: se una di queste venisse separata, come un libro dalla biblioteca, una pecora dalla greggia, non sarà considerata come oggetto del pegno (i).

2) Al contrario nel pegno generale soggiace tutto intero il patrimonio del debitore, e specificatamente *omnia quae habet, habiturusque est;* il che avviene sempre che si dia in pegno quanto si ha, quantunque non si pensi alle cose future (k).

(b) L. 1. §. 2. L. 16. pr. §. 4. L. 29. de pign. (20. 1.). *Marc.* interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur — nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent, et res non sufficit. — L. 3. C. in quib. caus. pign. (8. 15.).

(i) L. 13. pr. L, 34. de pign. (20. 1.). *Scaev.* Quum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, quum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

(k) L. 9. C. h. t. — confr. L. 15. §. 1. L. 29. §. 3. L. 34. §. 2. de pign. (20. 1.). — L. 11. C. de remiss. pign. (8. 26.). *Iust.* Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae postea a debitoribus venduntur vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente, et quodam legitimo postea modo ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus, ius pignoris creditori renovari propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis, penitus exstingui. Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo suum ius respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare vel tenentem inquietare — L. 47. pr. de iure fisci (49. 14.).

Alcune cose nondimeno sono escluse dal pegno generale, e specialmente:

1) quelle, la cui alienazione è vietata;

2) quelle che il debitore non voleva probabilmente dare in pegno; e quelle che sono indispensabili per gli usi della vita come vestimenta, ecc. (l);

3) il patrimonio dell'erede nel caso che il pegno fosse costituito dal testatore (m).

ANNOTAZIONI

È comune opinione che obbietto del *subpignus* è lo stesso diritto di pegno (n). Contrariamente si vorrebbe sostenere che sia solamente l'obbligazione che nasce dal contratto pignoratizio o dal patto ipotecario il suo obbietto: ma questa seconda opinione nasce da un'erronea valutazione del contratto di pegno. Anche la prima veramente sembra mal ferma, quando si attenda alle parole della legge, che riguardano sempre il ridare a pegno una cosa già impegnata per altre obbligazioni, con le frasi: *rem pignoratam, eandem rem; id quod pignori obligatum est*, ecc. (o).

È chiaro del resto che il creditore potrà nei confini del suo diritto dare a pegno la cosa a lui impegnata: e che in questo caso i diritti del secondo creditore dovranno sottostare agli eventi di entrambe le obbligazioni: così egli non potrà vendere il pegno quando il credito del primo creditore non sia esigibile, e si estingue il *subpignus*, estinguendosi l'obbligazione primitiva.

È anche controverso, se col *subpignus* sia insieme impegnata l'obbligazione. La comune opinione lo afferma (p), altri sostengono il contrario (q).

Due ragioni ci menano ad accettare la comune opinione; il carattere accessorio del diritto di pegno; le disposizioni della legge 13. §. 2. de pignor. (20. 1.), il significato della quale non può essere che il seguente: poichè può un diritto di pegno essere esso stesso obbietto di pegno, esso non è garante al secondo creditore, che fino a quando una delle due obbligazioni non venga estinta; a tutela dei suoi diritti il secondo creditore ha non solo una eccezione, ma ancora una *utilis actio* (ossia l'*actio in personam* contro il primo debitore): appena il proprietario ha pagato, si estingue dunque immediatamente tutto il diritto di pegno. Ma si può dubitare: se al (primo) creditore sia data un'azione utile *(pignoratitia directa in personam)* contro il secondo creditore per il denaro esatto; poichè che succederebbe, se dal secondo creditore fu esatta una *res non fungibilis?* In tutti i casi bisogna accostarsi alla decisione di Pomponio; cioè quando colui, la obbligazione del quale fu fatta oggetto del pegno, ha l'obbligo di dar danaro, e paga al secondo creditore, allora si compensa, e per conseguenza il primo creditore non avrà l'*actio pignoratitia in personam directa;* se poi il primo debitore deve una cosa non fungibile, non avrà, esigendo questo, che il semplice diritto di pegno (ed in questo modo sarà certamente fondata per il primo creditore un'*actio pignoratitia directa).* Così interpretata la legge si ricavano i seguenti due principii che nel *subpignus* si comprende sempre un *pignus nominis* e che nell'ultimo il creditore del creditore quando si tratta di un *corpus* avrà un vero diritto di pegno e non un semplice diritto di ritenzione (r).

(l) L. 6. 7. 8. de pign. (20. 1.). *Ulp.* Obligatione generali rerum , quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse, utputa supellex ; item vestis reliquenda est debitori, et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse; proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant. — L. 1. C. h. t.

(m) L. 29. de pign. pr. (20. 1.). *Paul.* Paulus respondit, generalem quidem conventionem, sufficere ad obligationem pignorum, sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

(n) *Thibaut*, Sist. §. 794.—*Mackeldey*, §. 300. not. g.—*Mühlenbruch*, cessione pag. 336.—*Gesterding*, diritto di pegno pag. 79.—*Puchta*, corso delle Istit. II. §. 250. not. h n.

(o) Ved. not. (f). — L. 14. §. 3. de div. temp. praescr. (44. 3.). — L. 1. 2. C. Si pign. dot. (8. 24.).

(p) *Mühlenbruch*, 5. c. pag. 337.—*Sintenis*, questioni pag. 39.

(q) *Büchel*, quest. di diritto civile, Marburg, 1847.—*Huschke*, de pign. nom. Gött. 1820.

II. Acquisto del diritto di pegno.

§. 199.

1) Dell' acquisto in generale; dell' acquisto per private disposizioni in particolare.

Come ogni altro diritto reale il pegno si può acquistare in tre modi: per volontà, cioè per consenso delle parti (pegno convenzionale), o per testamento, ovvero indipendentemente dalla volontà degl' individui per decreto giudiziale, o direttamente per legge (pegno necessario).

I. Il pegno convenzionale suppone come ogni altro l' esistenza della obbligazione, ed essendo una specie di alienazione, suppone ancora necessariamente il diritto di proprietà da parte del debitore e il *ius disponendi;* per conseguenza esso non può essere costituito che dal vero proprietario ovvero da un terzo, che abbia da lui avuto autorizzazione legale espressamente o tacitamente (a). Per eccezione anche il proprietario putativo potrà costituire un diritto di pegno, ed allora l' *actio pignoratitia* o *hypothecaria* è prodotta contro coloro che potrebbero essere convenuti in un giudizio di azione Publiciana (b). Come si è veduto nei §§. precedenti l' usufruttuario, l' enfiteuta, il superficiario possono costituire un pegno, ma solamente per la durata del loro diritto.

Il pegno costituito dal non proprietario non ha efficacia senza il consenso del proprietario, eccetto quando questi tacque col proposito di nuocere al creditore (c). Un diritto di pegno costituito dal non proprietario può in seguito convalidarsi:

(r) Ved. *Vangerow*, Pand. §. 268. — *Sintenis* op. c. pag. 59. 60. ved. not. (g).

(a) L. 11. §. ult. L. 12. 18. §. ult. L. 19. 20. de pign. act. (13. 7.). *Paul.* Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed si ignorante eo data sit, et ratam habuerit, pignus valebit.—L. ult. C. quae res pig. (8. 17.). — L. 5. §. 2. in quib. caus. pign. (20. 2.). — L. 4. §. 3. de in diem. add. (18. 2.).

(b) L. 18. L. 21. §. 1. de pign. (20. 1.).

1) quando il proprietario lo ratifichi, e la convalidazione piglierà tempo, secondo le regole generali, dal momento del contratto;

2) quando, costituito un pegno a condizione che il costituente addivenisse proprietario della cosa, avvenga questa condizione; ma il pegno avrà data solo dal momento dell' acquisto (d). Questo pegno condizionale può costituirsi anche tacitamente, specialmente quando si tratta di una *res debita;*

3) quando il non proprietario acquisti poscia la proprietà della cosa impegnata. Sebbene sia più esatto il principio, che non ostante l' acquisto, il pegno rimanga nullo, imperocchè nella formola ipotecaria è supposta la esistenza della proprietà al momento della costituzione del pegno (e), per equità nondimeno è dalle leggi introdotta questa convalidazione in favore del creditore di buona fede (f).

II. Un secondo requisito per la esistenza del pegno è l'atto della sua costituzione, distinguendosi il pegno propriamente detto dalla ipoteca; pel pegno evvi bisogno di un contratto compiuto con la tradizione dell' oggetto; per l' ipoteca è sufficiente il patto senza necessità di tradizione, Nondimeno nella specialità che una cosa debba, secondo la intenzione delle parti, diventare in un tempo più o meno lungo un pegno nello stretto significato, finchè non avviene la tradizione, il diritto reale è acquistato come ipoteca (g).

(c) L. 16. §. 1. de pign. (20. 1.). — L. 2. C. si alien res. (8. 16.). *Sever. et Anton.* Si probaveris, praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis, obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

(d) L. 16. §. 7. de pign. (20. 1.).— L. 7. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.). *Ulp.* Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius acquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo numos debitor dederit, quippe quum res ex numis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

(e) L. 22. de pign. (20. 1.): *Modest.* Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoraticia dabitur creditori.—L. 3. pr. L. 15. §. 1. de pign. (20.1.).—L. 23. de prob. (22.3.).

(f) L. 5. C. qui alien. res. 8. 16. L. 41. de pignor. act. (13. 7.): *Paul.* Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pignoraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverit sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pignoraticiam actionem; eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

(g) L. 2. 9. quae res pign. (8. 17.). — L. 1. pr. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam conventione etsi non traditum est.—L.13. §. 3. de pign. (20. 1.). — L. 16. §. 2. de pactis (2. 14.).

In rapporto alla validità del pegno si ha la seguente regola: il diritto reale incomincia ad esistere dal momento che la sua validità non dipende dall'arbitrio del debitore, così se il pegno è stato costituito per una obbligazione il cui adempimento dipende da un certo giorno, il pegno varrà dal momento della perfezione del contratto (h).

ANNOTAZIONE

Il caso che il proprietario della cosa divenga erede di chi la impegnò, è riguardato diversamente da due leggi; e propriamente Paolo nella leg. 41. de *pign. act.* nega l'azione di pegno al creditore; quandochè Modestino nella leg. 22. de *pign.* con non minore chiarezza la concede. Nè l'interpretazione, nè la critica congetturale è riuscita a conciliare questi due passi. Per interpretazione alcuni antichi seguiti da qualche moderno credono che nella leg. 22 si faccia parola di un'*actio pignoratitia contraria*, e nella leg. 41. di un'*actio hypothecaria* (i): altri che nella leg. 22. si parli del caso che il pegno sia avvenuto senza volontà del proprietario, nella legge 41 al contrario del caso che il pegno fu costituito contro la volontà del proprietario (k): d'altra parte il *Sintenis* pone per regola la leg. 41, ed argomenta dalle parole *ex postfacto* che la legge 22 supponga il proprietario avervi espressamente o tacitamente acconsentito; in questo caso è concessa l'azione utile (l). Per mezzo della critica congetturale altri fanno nella leg. 41 profonde alterazioni (m). La maggior parte de'giuristi nondimeno riconosce contraddittorie le due leggi, che secondo le regole della interpretazione dovrebbero vicendevolmente distruggersi, decidendo il caso per altra via, senza badare all'opinione del *Cuiacio* e di qualche altro, che la leg. 41 sia da preferirsi come la più recente (n). Se dunque il caso deve decidersi per interpretazione analogica, anzichè per legge, è da ritenersi piuttosto la decisione della leg. 22 di Modestino; non solo perchè il caso è analogo a quello, che chi dette a pegno divenga proprietario, ma perchè possono pure applicarvisi i principii della eccezione *rei venditae et traditae* (o).

(h) L. 12. §. 2. qui pot. in pign. (20. 4.). L. 9. pr. §. 1. (20. 4.). *Afr.* Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante Kalendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet, respondit, debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam.

(i) *Balduin.* de pignoribus c. 12. — *Donell.* de pingn. c. 7. — *Connan.* comm. iur. civ. libr. IV. c. 13. — *Westphal*, diritto di pegno §. 115. not. 137.

(k) *Faber*, semestralia libr. II. c. 18. — *Voet*, comm. ad Pand. XX. tit. 3.

(l) *Sinteis*, quest. sul diritto di pegno pag. 99.

(m) *Mayer.* Arch. di prat. civ. IX. pag. 246. — *Huschke.* Giorn. di Giess. XX. 6. — *Glück*, comm. IX. p. 39. ss.

(n) *Cuiac.* obss. XIX. 26. — *Müler.* Arch. di prat. civ. pag. 401.

(o) L. 1. de except. rei vend. et trad. (21. 3.). — Ved. *Haimberger*, diritto rom. puro §. 242. — *Vangerow*, Pand. §. 372.

§. 200.

2) Del pegno testamentario e giudiziale.

T. C. de praetorio pignore etc. (8. 22.): — Si in causa iud. (8. 23.).

I. Anche per testamento si può costituire tacitamente o espressamente un pegno per sicurezza dei legatarii e de' creditori (a). Quanto all' effetto di questo pegno è da distinguere se il testatore impegnava un oggetto proprio, ovvero dell'erede, ovvero di un terzo. Nel primo caso il pegno avrà effetto dalla morte del testatore, nel secondo dal momento che l' erede entra nella eredità, nel terzo caso quando il pegno potrà convalidarsi.

II. Il pegno pretorio può dinotare in senso stretto quello che ha luogo per decreto del pretore prima della *litis contestatio*, ed opera l' immissione del creditore nei beni del debitore. Questo pegno ha solo il carattere di *crediti servandi causa,* non abilita che la custodia dei beni: può cadere su cose speciali o sulla intera proprietà del debitore, tanto in favore di uno creditore, quanto di molti senza preferenza. Se, giunto il tempo stabilito per la soddisfazione del debito, il debitore si rende contumace, un secondo decreto dava principio ad un vero pignoramento con facoltà di alienare (b).

2) Il vero pegno giudiziale viene costituito dal giudice competente per l'esecuzione di una sentenza passata in giudicato *(pignus in causa iudicati captum):* e incomincia dal momento che le cose del debitore sono state pignorate. Questo pegno può essere ancora concesso a molti, ma può darsi preferenza a colui che si trovava già in possesso (c).

3) Può considerarsi come un pegno giudiziale quello che ha origine dalla sentenza che in un giudizio *familiae erciscundae* aggiudica la cosa impegnata verso il defunto ad uno dei coeredi (§. 196).

(a) L. 1. C. comm. de leg. (6. 43.). — L. 26. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. §. 1. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

(b) L. 10. §. 1. de acquir. poss. (41. 2.). *Ulp.* Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa; quod si factum est, utrumque procedit.—L. 7. §. 1. quib. ex caus. (42. 4.). — L. 5. §. 3. ut in poss. leg. (36. 4.). — L. 12. pr. de reb. auct. iud. (42. 5.).

(c) L. 11. C. de pign. (8. 14.).—L. 1. C. h. t. (8. 22.).—L. 10. qui pot. in pign. (20. 4.).— L. 58. de re ind. (42. 1.). *Ulp.* Si, quum nulla sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari. — L. 2. 3. C. qui pot. (8. 18.).

§. 201.

Del pegno legale.

T. D. in quibus causis pignoris vel hypotheca tacite contrahitur (20. 2.).— C. h. t. (8. 15.).—*Lauterbach* de pignore tacito Inst.

Il pegno viene per legge indipendentemente dalla volontà delle parti, a favore di determinate persone, e sopra cose tassativamente indicate. Questo pegno sconosciuto dagli antichi Romani fu introdotto da Traiano.

Il pegno legale è generale quando si costituisce su tutta la proprietà del debitore; è speciale quando è circoscritto ad alcune determinate cose.

I. I casi di pegno legale generale sono:

1) a favore del fisco per tutti i suoi crediti (*fiscus semper habet ius pignoris* (a)), eccetto se succede ad un creditore privato (b). Il pegno legale del fisco incomincia dal momento che nasce nel debitore l'obbligo dell'imposta, ovvero in caso di un contratto, dalla perfezione del medesimo. Lo stesso privilegio è dato all'imperatore e all'imperatrice (c). Pei crediti delle città si ha la singolare determinazione, che se il debitore di un Comune alieni i suoi beni e divenga poscia insolvibile, i possessori delle cose alienate possono essere convenuti in giudizio (d);

2) a favore degli impuberi ed in generale dei minori sulle sostanze dei loro tutori e curatori dal momento che questi ebbero obbligo di assumere la tutela e curatela (e). Giustiniano estese questo favore ai mentecatti (f). La madre e l'ava devono espressamente impegnare l'intero loro

---

(a) L. 46. §. 3. de iure fisci (49. 14.). — L. 2. C. h. t. L. 1. C. si propt. publ. pensit. (4. 46.). — L. 2. 3. C. de priv. fisc. (7. 73.).

(b) L. 3. §. 7. de iur. fis. (49. 14.). *Callistr.* Si posteriori creditori fiscus successerit, eo iure utimur quo is usurus erat, cui successit.

(c) L. 6. §. 1. de iure fisc. (49. 14.). *Ulp.* Quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet.

(d) L. 2. C. de debit. civit. (11. 32.).

(e) L. 20. C. de adm. tut. vel curat. (5. 37.). *Constant.* Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores exsistant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit.

(f) L. 7. §. 5.6. C. de curat. fur. (5. 70.). *Iust.* Et si quidem pater curatorem furioso vel furiosae in ultimo elogio heredibus institutis vel exheredatis dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro satisdatione sufficiente, ipse, qui datus est, ad curationem perveniat, ita tamen, ut in hac florentissima civitate apud urbicariam praefecturam deducatur, in provincia autem apud praesidem eius, praesente etiam tam viro religiosissimo locorum antistite, quam tribus primatibus, et actis intervenientibus, factis sacrosanctis scripturis, edicat, omnia se recte et cum utilitate furiosi agere, neque praetermittere ea, quae utilia furioso esse patrimonio prima di accettare la tutela; il pegno tacito ha luogo, quando passano a novello marito senza aver dato i conti della loro amministrazione; il pegno investe altresì i beni dei loro novelli mariti (g);

3) a favore dei figli del primo matrimonio sulle sostanze del *coniux binubus* per la proprietà dei lucri nuziali. Questo pegno, per determinazione speciale di legge, incomincia non dalla celebrazione del secondo matrimonio, ma da quando i beni stessi sono venuti alle mani del *binubus* (h). Questo pegno giova ai figli anche per garantia dei beni devoluti loro da parte materna, ma dal giorno delle seconde nozze, e non pei beni che per linea materna dai collaterali sono loro devoluti. Un tale pegno garantisce inoltre quei beni del coniuge superstiste o separato, che secondo il diritto nuovissimo sono devoluti ai figli, dal punto della morte o del divorzio (i);

4) a favore della moglie ortodossa sopra i beni del marito per garantia della dote (k), fin da quando è costituita per legge, ossia dalla celebrazione del matrimonio; dei beni parafernali che consistono in crediti affidati nelle mani del marito, fin da quando questi ne cominciò l'amministrazione (l); della *donatio propter nuptias* fin dalla promessa (m);

5) a favore del marito per sicurezza della dote promessagli sulle sostanze del promettente e dal giorno della promessa (n);

6) a favore dell'erede sui beni del vedovo o della vedova, a cui fu

putaverit, neque admittere, quae inutilia existimaverit. Et inventario cum omni subtilitate publice conscripto, res suscipiat, et eas secundum sui opinionem disponat sub hypotheca rerum ad eum pertinentium, ad similitudinem tutorum et adulti curatorum.

(g) L. 2. 3. C. quando mulier (5. 35.).—Nov. 94. c. 1.—L. 6. C. h. t. (8. 15.). *Theod.* et *Valent.* Si mater, legitima liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum praestitum adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque, quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit, mariti quoque eius praeteritae tutelae ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia.

(h) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. C. de secundis nupt. (5. 9.).

(i) Nov. 98. c. 1.

(k) L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.). — §. 29. Instit. de act. (4. 6.).

(l) L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.). *Iust.* Sin autem minime hoc scriptum inveniatur, ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Antea etenim habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, sive per maritum sive per alias personas easdem movere actiones, et suas pecunias percipere, et ipsas cautiones a marito recipere, securitate ei competente facienda. Dum autem apud maritum remanent eaedem cautiones, et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur, ne ex eius malignitate vel desidia aliqua mulieri accedat iactura. Quod si evenerit, ipse eandem de proprio resarcire compelletur.

(m) L. 29. C. de iur. dot. (5. 12.).—L. 12. §. 2. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Iust.* Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur suisque rebus defraudentur, curamus. — Nov. 109. c. 1.

(n) L. un. §. 1. de rei uxor. act. (5. 13.).

disposto un legato a condizione di vedovanza, se quegli o quella contragga nuove nozze: il pegno comincerà dal giorno che si acquista il legato (o);

7) finalmente a favore delle Chiese sui beni dell'enfiteuta per le deteriorazioni possibili dei fondi dal giorno del contratto (p).

II. I casi del pegno legale speciale sono:

1) a favore del locatore di un fondo urbano sulle cose appartenenti al conduttore, e trasportate nell'edificio con intenzione di tenervele in perpetuo o per tempo più o meno lungo *(illata et invecta)*. Queste cose restano impegnate per le sole obbligazioni derivanti dal contratto di locazione e conduzione, e che perciò possono essere tutelate da un' *actio locati* (q). Questo pegno comincia dal momento che il conduttore ha trasportato le cose nell' edificio.

È da osservare nondimeno che in questo luogo per fondo urbano non s' intende solamente l' edificio, ma ogni fondo vacuo locato: come p. e. un' aia (r);

2) a favore del locatore di un fondo rustico sui frutti percepiti dal conduttore o subconduttore (s);

3) a favore di chi abbia prestato danaro per riedificare o riparare un edificio rovinante, dal momento che l'edificio fu riparato o riedificato (t).

4) a favore del pupillo sulle cose comprate col suo danaro, sia dal tutore, sia da qualunque terzo (u), quantunque nel primo caso abbia anco-

---

(o) Nov. 22. c. 44. — Ved. *Vermehren*, archiv. di prat. civ. XII. p. 37. in contr. — *Marezoll*, Magazzino di *Grohman* e *Löhr*. IV. diss. 11. N. 7.—Giornale di Giessen VI. N. 8. contro *Marezoll*. — *Kümmeren*, Giorn. di Giessen VI. diss. 7.

(p) Nov. 7. c. 3. §. 2.

(q) L. 32. de pign. (20. 1.). — L. 2. 4. 7. in quib. causis. *Marcian*. Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit; non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata erunt obligata.

(r) L. 4. §. 1. h. t. *Nerat*. Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ex numero habenda sint, dubitari potest; et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a caeteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt.

(s) L. 7. h. t. (20. 2.). — L. 24. §. 1. L. 53. locati (19. 2.). *Paul*. Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur; sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

(t) L. 1. h. t. (20. 2.). *Papin*. Senatusconsulto, quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori domino mandante numos administravit.

(u) L. 3. pr. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.). *Ulpian*. Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.—L. 6. C. de servo pign. dat. (7. 8.).

ra facoltà di rivendicare le cose con la *utilis rei vindicatio* (§ 173, pag. 295);

5) a favore dei legatarii e fidecommissarii sulle sostanze ereditate dall'erede gravato, e di molti gravati contro ciascuno *pro rata* (v) a cominciare dal *dies legati cedens*.

§. 202.

2) Della trasmissione dell'ipoteca.

T. D. qui pot. in pign. vel hypoth. habeant de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. (20. 4.). — C. de his, qui in prior. credit. loc. succ. (8. 19.).

Il diritto di pegno può essere trasmesso altrui per volontà od anche indipendentemente dalla volontà del creditore.

1) Generalmente il pegno essendo un accessorio, segue continuamente l'obbligazione per la quale è costituito; con la cessione di questa passa naturalmente al cessionario (a).

2) Si trasmette il pegno, se qualcuno, mutuando danaro al debitore per soddisfare il suo debito, mette per condizione la garantia del pegno riscattato (b).

3) V'ha trasmissione d'ipoteca per mezzo del diritto di offerta, *ius offerendi*, il quale consiste nella facoltà data al creditore pignoratario di offrire al creditore che lo primeggia il montare del credito, e prendere il grado di lui (c). Questo diritto può adoperarsi contro ogni creditore pignoratario, ma non contro il compratore, salvo che non fosse uno dei creditori pignoratarii, ovvero il suo fideiussore, o un estraneo che succede a

---

(v) L. 1. C. com. de leg. (6. 43.). — Nov. 108. c. 2.

(a) L. 2. pr. L. 6. de hered. et act. vend. (18. 4.). *Paul.* Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, eius quoque quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emtori.

(b) L. 3. pr. quae res pign. (20. 3.). — L. 12. §. 8. L. 1. C. h. t. *Sever.* et *Anton.* Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, et in locum eius succedat. Quod quum in tua persona factum non ait (iudicatum est enim, te pignora non accepisse), frustra putas, tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.

(c) *Paul.* recept. Sent. II. 13. §. 8. L. — 22. C. de pign. (8. 14.). — L. 1. 5. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Alexand.* Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur. — Ved. *Zimmern.* Gior. di Giessen. I. N. 1. — *Müller*, Arch. di prat. civil. XI. 3. — *Beckmann*, de success. credit. in alter. et qui ipsius locum Gott. 1784. — Glück XIX. pag. 355. — *Vangerow*, §. 377. — *Thon*, il *ius offerendi* del creditore più forte secondo il diritto Romano, Heidelberg 1863.

quel creditore al quale si offriva la soddisfazione del credito (d). Condizione necessaria per esercitare il *ius offerendi* è l' offerta dell' intero montare del credito cogl' interessi; nel caso che la offerta venisse rifiutata dal creditore precedente, il pagamento offerto dev' essere depositato ed il secondo creditore entra *ipso iure* nei diritti dell' altro (e).

Questo diritto può essere esercitato anche dal creditore chirografario a patto che vi consenta il creditore pignoratario, e che il debitore per convenzione dichiari di pagare il debito col denaro mutuatogli dal creditore chirografario, e di surrogar questo nei diritti dell' altro creditore. Questi adunque non può mai essere obbligato a ricevere l' offerta, onde nelle sue ragioni il chirografario non può mai succedere *ipso iure*.

Vi sono dei casi ne' quali il diritto di pegno passa allo stesso proprietario, e ciò quando colui che acquista la proprietà di una cosa oppignorata non rinuncia al diritto di pegno; in altre parole in molti casi è accettata la continuazione del diritto di pegno in quanto che il proprietario ha facoltà di produrre i mezzi del creditore pignoratario per garantirsi contro creditori più deboli. I casi di questa successione sono i seguenti:

a) È riconosciuto come creditore pignoratario il compratore di una cosa, quando col suo denaro fu soddisfatto un creditore ipotecario (f).

b) È lo stesso se il migliore creditore pignoratario ebbe l'oggetto del pegno *in solutum*, ovvero ha comprato l' oggetto medesimo dal debitore, ammesso che, quando egli ritira l'oggetto o per mezzo della compra o come soddisfazione del suo credito, ignori la esistenza degli altri creditori pignoratarii (g).

c) Se colui che ignora competergli un diritto di pegno acquista la proprietà della cosa oppignorata (h).

(d) L. 10. C. qui pot. (8. 18.).—L. 2 C. h. t.—L. 12. §. 7. h. t. *Marcian.* Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit, praeter priorem creditorem, et qui ab eo emit.—L. 1. 3. C. si ant. cred. (8. 20.).— L. 2. 3. §. 1. L. 5. §. 1. de distr. pign. (20. 5.). *Marcian.* Si secundus creditor vel fideiussor soluta pecunia pignora susceperint, recte iis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenere.

(e) L. 2. 3. §. 1. de distr. pign. (20. 5.). — ved. not. prec.— L. 11. §. 4. L. 20. h. t.—L. 1. C. qui pot. (8. 18.). — L. ult. C. h. t.

(f) L. 17. h. t. *Paul.* Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia perveniet.—L. 3. C. h. t. — confr. L. 2. 3. §. 1. L. 5. §. 1. de distr. pign. (20. 5.). — Ved. not. (d).

(g) L. 1. C. si ant. cred. (8. 20.). *Alexand.* Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Quum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

(h) L. 30. §. 1. de except. rei iud. (44. 2.).

III. Delle relazioni giuridiche conseguenti al pegno.

A. Diritti del creditore pignoratario.

§. 203.

1) Del ius distrahendi.

T. D. de distr. pign. et hypoth. (20. 5.). — C. de distr. pign. (8. 28.),—debitorem vendit. pign. impedire non posse (8. 29.); — si venditio pign. agat. (8. 30.); — Creditorem evict. pign. non debere (8. 46.). — *Berger*, de iure distr. pignoris in Dissert. select. Lipsiae 1707. n. 1.

Il creditore pignoratario, oltre agli altri diritti specialmente quello di far valere contro tutti il pegno e quello di trasferirlo ad altri (§. 202.), ha ancora il diritto di vendere la cosa impegnata nel caso che il debitore non soddisfaccia l'obbligazione. Questa facoltà di distrarre il pegno che nell' antico diritto era effetto di apposito contratto, nel nuovo è così congiunto col pegno che un patto contrario non vale (a). I requisiti necessarii per esercitarlo sono i seguenti:

1) l'esigibilità del credito, deve essere giunto cioè il tempo del pagamento (b). Per la indivisibilità dell'ipoteca l'inadempimento d'una parte anche minima dell'obbligazione dà il diritto di vendere il pegno (c): ma per contrario l'inesigibilità d'una rata anche minima lo sospende fino alla scadenza di essa (d);

2) la denunzia al debitore dal giorno della quale, secondo una co-

---

(a) L. 4. eod.: *Ulp.* Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit.

(b) L. 4. h. t. *Papinian.* Quum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur.

(c) L. 6. C. h. t. (8. 28.). *Gordim.* Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.

(d) L. 8. §. 3. de pignorat. act. (13. 7.). *Pomp.* Si annua, bina, trina die triginta stipulatus acceperim pignus, pactusque sim, ut, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia iis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent; sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit: *si qua pecunia sua die soluta non erit*, statim competit ei pacti conventio.

stituzione di Giustiniano, devono correre ancora due anni perchè possa seguire la vendita. Il patto di non procedere alla vendita del pegno da parte del debitore, sebbene inefficace, ha pure questa conseguenza nel diritto delle Pandette, che fa necessaria tre volte la denunzia e trascorsi anche i due anni, il creditore deve novellamente notificare al debitore il proposito di alienare il pegno (e).

3) Non è necessario che la vendita sia publica eccetto quando il creditore fosse il fisco; imperocchè in questo caso non solo la vendita deve seguire publicamente, ma bisogna che le cose siano prima tassate secondo la loro qualità e valore, e poi vendute al maggiore offerente; al quale allora verranno aggiudicate quando l'offerta sua raggiunge il prezzo anteriormente tassato (f).

4) Nella vendita il creditore deve operare di buona fede e cercare di far il vantaggio del debitore (g). Ma, quandochè in mancanza di ogni altro requisito la vendita è nulla irrevocabilmente, non è così se il creditore operasse di mala fede, nascendo in questo caso solo un'azione di rifacimento dei danni, che in caso d'insolvenza del creditore, può il debitore rivolgere anche contro il compratore (h).

5) Il pegno giudiziale segue diverse regole, in quanto che la vendita deve seguire sempre giudizialmente al publico incanto, con l'obbligo di far decorrere solo due mesi dal pignoramento (i).

(e) L. 4. C. h. t. (8. 28.).—L. 3. §. 1. C. de iure dom. impetr. (8. 34.).—L. 3. §. 1. C. de iur. dom. impetrando (8. 54.). *Iustin.* Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.—L. 4. C. debit. vend. pign. (8. 29.).—L. 4. 5. de pignor. act. (13. 7.).—Ved. not. (b).

(f) L. 3. C. de iur. dom. impetr. (8. 34.). — L. 16. C. de rescind. vend. (4. 44.). — V. *Marezoll*, Magaz. di *Löh*r, IV. pag. 376.

(g) L. 4. 9. C. de distr. pign. (8. 28.). *Diocletian.* et *Maximian.* Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere; ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini etiam cetera bona iure conventionis consequi. — L. 5. C. si vend. cred. agat. (8. 30.).

(h) Ved. not. prec.

(i) L. 31. de re ind. (42. 1.). *Callistr.* Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat; si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli Divus Pius in haec verba rescripsit: *His, qui fatebuntur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur; eorum, qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi ; eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.* — L. 2. C. si in cons. iud. (8. 23.).

6) Quando in favore del creditore sono costituiti più oggetti in pegno, egli potrà scegliere quello che più gli aggrada per venderlo; ma se oltre ad un pegno generale è costituito uno speciale, prima questo deve essere alienato (k).

II. Avvenuta la vendita del pegno:

1) Il creditore non ha altro diritto che di soddisfare il suo credito dal prezzo di vendita, e deve restituire il supero al debitore, o al creditore seguente (l).

2) Il compratore acquista sull'oggetto comprato i medesimi diritti del debitore, non consistendo il diritto di vendita del creditore che nella cessione del *ius alienandi* che gli si suppone fatta dal debitore: donde la conseguenza che non è lecito a costui di ricuperare la cosa mediante offerta del prezzo, salvo che ciò fosse stato espressamente convenuto, o l'oggetto fosse trasferito ad un creditore successivo, o ad un fideiussore (m).

3) Quando tutta la obbligazione è soddisfatta col prezzo della vendita, il diritto di pegno si estingue totalmente. Se al contrario il prezzo non è sufficiente, non può dirsi cessata *ipso iure* la virtù del pegno. D'altra parte non essendo men vero che il creditore abbia con la vendita rinunziato ad ulteriore azione di pegno, bisogna conchiudere, combinando i due principii, che al creditore resti un'azione personale per conseguire il residuo non soddisfatto (n).

4) Il creditore che vende la cosa impegnata, non essendo tenuto che per la cessione del suo diritto (o), non risponde di evizione (p), nè è obbligato alla restituzione del prezzo ricevuto (q). Vi sono tuttavolta le seguenti eccezioni ed egli risponderà dell'evizione:

a) se l'evizione ha causa da un *vitium in iure* non *debitoris*, ma *cre-*

(k) L. 8. h. t. L. 9. C. h. t. — Ved. not. (g).

(l) L. 21. §. 3. de pign. (20. 1.).—L. 20. C. h. t. (8. 28.).—L. 24. §. 2. de pign. act. (13. 7.).—L. 20. qui pot. in pegn. (20. 4.).

(m) L. 15. 18. C. h. t. (8. 28.).—L. 2. C. si antiqu. cred. (8. 20.). *Diocl.* et *Maxim.* Obligata pignoris iure creditore recte distrahente, post debitor, emtori pretium offerens, vel creditori quod debuit, evincere non potest. — L. 13. pr. de pign. act. (13. 7.).—L. 2. 5. §. 1. L. 6. 7. pr. §. 1. h. t.—L. 59. de fideiuss. (46. 1.).—L. 59. §. 1. mand. (17. 1.).

(n) L. 13. h. t. — L. 9. §. 1. eod.

(o) L. 13. de distr. pign. *Paul.* Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

(p) L. 10. eod.

(q) L. 11. §. 16. de act. emt (19. 1.). *Paul.* Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque; nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor, hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit; denique etiam repromittet de dolo, sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse eius, qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex emto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.

ditoris, come quando questi non abbia diritto di pegno, o sia creditore di grado inferiore ovvero abbia usato del *ius distrahendi* anzi tempo o senza le forme legali (r);

b) se nella vendita non si è annunziato come creditore, avendo così tacitamente accettate le conseguenze d' un vero contratto di vendita;

c) se vi è frode, come quando non venda il preciso oggetto del pegno (s);

d) finalmente se egli stesso ne dà formale promessa (t). Al contrario quando il creditore si dichiara libero d'ogni obbligo per evizione, è regola che il prezzo possa da lui essere domandato anche dopo evitta la cosa (u).

§. 204.

2) Della dominii impetratio.

T. C. de iure dom. impetrando (8. 34.).

Non essendovi compratori o non offrendosi prezzo conveniente, si può procedere alla *dominii impetratio*, ossia l'oggetto del pegno può essere acquistato dallo stesso creditore.

1) In caso di pegno giudiziale la cosa è aggiudicata al creditore in un modo irrevocabile, di guisa che nè questi è tenuto a rimborsare il maggior valore, nè il debitore di aggiungere quel che manca per soddisfare interamente il credito (a).

(r) L. 1. C. cred. evict. non debere (8. 46.). *Alexand.* Quum iure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem iure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit. Si tamen fiscus in ius alterius creditoris successit, emtori non iusta fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris iure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus.

(s) L. 11. §. 6. de act. vend. (19. 1.) — L. 2. C. credit. evict. (8. 46.). *Gordian.* Si a creditrice iure pignoris fundos pater tuus comparaverat, evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere iure potes, si vel, quum vendiderit, de evictione rei promisit, vel etiam dolo malo, quum sciret prudensque esset, rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti, venumdedit. Nam sicuti genus huiusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat.

(t) L. 8. §. 1. L. 22. §. 4. de pign. act. (13. 7.) — Confr. L. 59. §. 3. mandat. (17. 1.).

(u) L. 68. pr. de evict. (21. 2.). *Papin.* Quum ea conditione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet, quamvis pretium emtor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emtor exceptionem habebit, quominus pretium solvat.

(a) L. 3. C. si in caus. iud. (8. 23.). — L. 3. §. 2. C. h. t. *Iustin.* Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure dominii possidere, in huiusmodi casibus causam esse observandam censemus, ut, sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur, sive abfuerit, provinciale tribunal creditor petat, 2) In caso di altro pegno vi sono le regole seguenti:

a) Deve il creditore nuovamente richiedere il pagamento al debitore presente, fissandogli un periodo di tempo: al debitore assente deve il tribunale stesso intimare un perentorio (b).

b) Se l' avviso è inefficace si procede all' aggiudicazione della proprietà mercè un rescritto dell' imperatore (c).

c) Quest'aggiudicazione dà una proprietà revocabile, imperocchè nel debitore sta il diritto di riprendere la cosa nel corso di due anni (d). Tutto quello che il creditore aggiudicatario intraprende o acquista in rapporto all' oggetto aggiudicato, avvenuta la revoca, è considerato come fatto o acquistato dal creditore pignoratario. Se in questo tempo adunque egli vende l' oggetto aggiudicato è responsabile per gli obblighi del creditore pignoratario (e).

d) Passati i due anni nel creditore si conferma il diritto di proprietà, ed è necessario di tassare giudizialmente il valore dell'oggetto. Se il credito eccede, resta al creditore un' azione personale pel resto; se eccede il valore dell' oggetto nasce un condominio tra il creditore ed il debitore, che potrà dal primo risolversi pagando il sopravanzo all' altro, o al creditore seguente (f).

---

et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est, et certum tempus statuatur, intra quod si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas accepit, debitum offerre et pignus recuperare.

(b) L. 3. §. 2. 3. C. h. t. — ved. not. preced.

(c) L. 3. §. 3. C. h. t. *Iustin.* Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod licentia ei datur sese manifestare et offerre pecunias et pignus a pignoratione liberare. Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale, et precibus porrectis iure dominii habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum, ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori, qui iam dominus factus est, offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam irrevocabilem factam.

(d) L. 3. §. 3. h. t. — ved. not. prec.

(e) L. 3. §. 5. C. h. t. *Iust.* Sin vero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote viliore pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire; et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integrum actionem.

(f) L. 3. §. 4. C. h. t. *Iustinian.* Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat.

3) Finalmente in rapporto ai pegni generali il creditore non può pretendere che a lui venga aggiudicata tutta intera la sostanza del debitore, ma fa d' uopo procedere alla vendita secondo le regole stabilite (g).

Il patto aggiunto pel quale la proprietà dell' oggetto rimarrebbe al creditore pignoratario, in caso che fino ad un determinato tempo il debitore non paghi, è nullo (*lex commissoria*) (h). Su questo divieto bisogna ancora considerare, che:

a) Il creditore pignoratario può accettare la cosa in vece del pagamento (i).

b) Non va compreso in questo divieto la vendita del pegno al creditore medesimo (k).

c) È valido il contratto di vendita fatta nel cominciare del pegno, purchè non faccia frode alla legge (l).

d) Finalmente valido è ancora quel contratto di vendita condizionale fatta ai fideiussori, in caso che dovessero pagare pel debitore, e che fino ad un certo tempo non fossero rimborsati (m).

Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc, quod debitum excedit, debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem foeneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum. Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino, aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competente cautela in eum exponenda offerre.

(g) L. 1. C. eod.

(h) L. 3. C. de pactis pign. et leg. comm. (8. 35.). *Const.* Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, iubemus recuperare quod dederunt.

(i) L. 13. C. de pign. (8. 14.). — L. 24. pr. de pign. act. (13. 7.).

(k) L. 12. pr. de distract. pign. (20. 5.). *Tryphon.* Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

(l) L. 16. §. 9. de pign. (20. 1.). *Marcian.* Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

(m) L. 81. pr. de contr. empt. (18. 1.). *Scaev.* Titius, quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia, et fideiussorem Lucium, cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum; quodsi id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat; quaero, quum (non) sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem.

§. 205.

B. Diritti del debitore pignoratizio.

1) Secondochè si è osservato, il diritto di pegno non dà al creditore nessuna materiale facoltà sulla cosa, ma crea semplicemente una relazione obbligatoria. Onde il debitore non ostante il pegno conserva tutti i diritti inerenti al diritto di proprietà, non escluso neppure il *ius alienandi*, ma temperato dal principio che la cosa è trasmessa *cum onere suo*. Nondimeno la vendita è inefficace, quando vi fosse un patto di non alienare il pegno (a): inoltre la vendita da parte del debitore dev' essere considerata come furto, quando questi vende una cosa mobile soggetta ad un pegno speciale senza il consenso del creditore (b).

2) Secondo il principio stabilito il debitore conserva il diritto di uso e di usufrutto, anche quando il creditore è in possesso della cosa i frutti non vanno in suo profitto, ma si computano a diffalco del debito (c).

3) Per contratto speciale si può abilitare il creditore ad appropriarsi i frutti della cosa impegnata invece di riscuotere gl'interessi della somma mutuata, ovvero ad usare della cosa stessa (*antichresis, pactum antichreticum*). Questo contratto può essere considerato anche indipendente dal pegno, e perciò dà luogo ad un' *actio in factum* (d).

Il debitore ha inoltre diritto di impegnare ad altri creditori l'obbietto del pegno a condizione che dichiari l' esistenza dei pegni precedenti; in caso contrario è obbligato di prestare ogni danno al successivo creditore (e).

Il possesso ad usucapione resta sempre nel debitore, non avendo il creditore se non un possesso derivato, ne ha anche nella ipoteca la detenzione. Finalmente appena sciolta l' obbligazione il debitore ha diritto alla restituzione della cosa, se il creditore non allega per altri obblighi il diritto di ritenzione (f).

(a) L. 7. §. 2. de distr. pign. (20. 5.). *Marc.* Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat, debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid iuris sit; et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, et pactioni stetur.

(b) L. 19. §. 6. L. 66. pr. de furt. (47. 2.). *Paul.* Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Iulianus putat.—confr. §. 14. Inst. de obl. quae ex delicto (4. 1.). — L. 22. pr. de pign. act. (13. 7.).

(c) L. 1. 2. 3. ult. C. de pign. act. (4. 24.). — L. 1. C. de distr. pign. (8. 28.).

(d) L. 11. §. 1. de pign. (20. 1.).

(e) L. 16. §. 1. L. 36. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignorata, dici debebit, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

C. Relazioni tra molti creditori.

§. 206.

Delle relazioni dei diversi creditori in generale.

La cosa stessa può essere impegnata a molti creditori in diverso modo, e propriamente:

1) Impegnata a molti nel senso che ognuno tenga soggetta una parte della cosa. In tale rapporto ciascun creditore sulla propria parte può adoperare tutti i mezzi di tutela dati dalla legge e contro i terzi, e contro gli altri creditori; anzi verso questi ultimi si può concedere a ciascuno un'*utilis actio communi dividundo* (a). Questa relazione è di dubbia interpretazione quando molti creditori avessero nel medesimo tempo preso il pegno sopra la stessa cosa, di guisa che la divisione più che alle parti dell' oggetto si riferisca al contenuto di ciascuna obbligazione (b).

2) Impegnata a molti nel senso che sia obbligata *in solidum* verso tutti, così come una medesima persona può essere debitrice di molti creditori. In questo caso ognuno de'creditori può far valere contro terze persone le ragioni del suo pegno (c).

3) Per regolare le relazioni dei creditori fra loro fa d' uopo distinguere i seguenti casi:

(f) L. un. C. etiam ad chirogr. pec. (8. 27.).

(a) L. 7. §. 4. Quib. mod. pign. (20. 6.). — L. 10. in fin. de pign. (20. 1.). *Ulp.* . . . . . Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos, et adversus extraneos per quam dimidiam pacta possessionem apprehendant singuli. — L. 7. §. 6. 12. comm. div. (10. 3.).

(b) L. 16. §. 8. de pign. (20. 1.). *Paul.* Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum, utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim; sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte.

(c) L. 10. cit. *Ulp.* Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur, inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.*

a) Fra' creditori può esistere una comunità, per la quale ognuno ha diritto sul pegno secondo la parte della propria obbligazione; essi cioè si limitano a vicenda nell' esercizio del diritto di pegno.

b) I diversi creditori possono essere indipendenti l'uno dall'altro, avendo tutti egual diritto sopra il pegno, cosicchè tra loro nasce una vera contrapposizione di diritti, nella quala colui che possiede la cosa ha tutto il vantaggio (d).

c) I diversi crediti possono essere ordinati in modo che l'un creditore debba essere all'altro preferito, e questo è il caso più ordinario. In tal caso è mestieri investigare per quali motivi un diritto di pegno debba essere preferito ad un altro: *quis potior o prior est creditor, quis posterior?*

§. 207.

a) **Dei pegni privilegiati.**

I pegni per privilegio preferiti agli altri sono:

1) quello del fisco per le imposte e per le obbligazioni contrattuali; ma circa queste il privilegio non si estende che ai beni acquistati dopo del contratto, cosicchè il pegno del fisco non è preferito ai pegni più antichi (a);

2) da Giustiniano in poi il pegno generale legale della donna maritata per la restituzione della dote (b). Tale pegno non compete ai suoi eredi, tranne ai figli del primo letto (c);

(d) L. 10. cit. — Ved. not. preced.

(a) L. 1. C. si propt. publ. pensitationes (4. 46.). *Anton.* Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore eius iura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona vessantia obligata sunt. — L. 28. de iure fisci (49. 14.). *Ulp.* Si, qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus. — L. 3. C. de primipilo (12. 63.).

(b) L. 12. C. qui pot. in pign. (8. 18.).—Ved. not. segu.—§. 29. Inst. de act. (4. 6.).—Nov. 61. c. 1. in fin.

(c) L. 12. §. 1. C. qui pot. (8. 18.). *Iustin.* Ad haec omnia respicientes, et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus subvenientes, et omnia in unum colligentes sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Quum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali privilegio utebatur res uxoria, quapropter non in hypotheca hoc mulieri et nunc indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his aliae comparatae non exstent, sed quocunque modo vel dissipatae vel consumtae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis prae-

3) In terzo luogo *ob versionem in rem*, cioè il pegno per una obbligazione contratta per mantenere, ricostruire o riavere una cosa, in quanto il denaro fu veramente impegnato per questo scopo (d).

A questi appartengono:

a) il pegno dei pupilli riguardo alle cose comprate col loro danaro;

b) il pegno di chi mutuò danaro per restaurare edificii cadenti (e);

c) il pegno di chi mutuò danaro per la compra di una milizia e convenne sopr' essa il diritto di pegno (f);

d) il pegno di chi mutuò danaro per l' acquisto o conservazione di

---

stant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, pro qua multa nostris legibus inventa sunt privilegia? Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus, et, sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis; quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores, in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum; duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.

(d) L.3.§.1. L. 21.§.1. L.5.qui pot. in pign. (20.4.). *Ulp.* Interdum posterior potior est priore, utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero; L. 6. huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. §. 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit; nam et ipsum naulum potentius est. §. 2. Tantundem dicetur, et si merces horreorum, vel areae, vel vecturae iumentorum debetur, nam et hic potentior erit. L. 7. Idemque est, si ex numis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum numis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex numis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris, et eius, cuius numis comparata est.

(e) Nov. 97. c. 3....: Scimus, quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, vel uti quando quis pecunia sua navem fabricaverit, vel eam emi, fabricari aut reparari, vel domum forte aedificari, vel agrum aut aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res acquisitae vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores. Quaesitum igitur est, si mulier opponat privilegium antiquae dotis, vel augmenti, in quo illi quoque privilegium, sicut ante dictum est, servatur, et deinde prioribus creditoribus praevalere velit, veniat autem alius etiam creditor, qui, licet posterior sit, opponat tamen, pecunia sua emtam vel acquisitam esse navem, vel domum, vel agrum, et convenire, ut in illis rebus pecunia sua emtis vel acquisitis dictum privilegium habeat, utrum dotem etiam his praeponere oporteat, an vero reliquis quidem creditoribus, qui talia non opponunt, praevalere, his vero cedere debeat, quia ex ipsorum substantia res acquisita est? Quum igitur multum de his deliberassemus, non invenimus iustum esse, ut mulier eiusmodi privilegio cedat..... Propterea volumus, ut, licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum vel praedium renovasse videatur, talia privilegia mulieribus opponi nequeant; satis enim infirmitatem mulieribus naturae novimus, et quam facile illae circumscribantur.

(f) N. 97. c. 4.

una cosa tanto mobile che immobile, e si riservò un diritto di pegno (g).

Quando nel medesimo tempo concorrono più pegni privilegiati è da stabilire il principio che tutti sono eguali, e che decide la priorità della data. Pure vi sono pegni privilegiati assoluti, i quali sono preferiti a tutti gli altri, come del fisco per le imposte, e di chi per una comprata milizia pattuì il pegno privilegiato con atto sottoscritto da testimoni (h).

Se si trovano molti pegni privilegiati publici o quasi publici per mantenere o ricostituire una cosa, la precedenza si decide per quello che abbia meglio conservato l'interesse di tutti, cioè il più recente; perocchè l'ultima spesa conservò i pegni precedenti (i).

ANNOTAZIONE

La comune opinione riconosce il pegno della donna ortodossa assolutamente privilegiato anche innanzi ai pegni *ob versionem in rem* (k). Prima di Giustiniano non vi essendo che il privilegio del fisco, e quello *ob versionem*, questo secondo era posposto al primo. Introdotto il privilegio per la restituzione della dote, fu stabilita nella legge 12. C. *qui pot.* la precedenza di questo pegno sopra le altre ipoteche semplici, sebbene più antiche, rimanendo lo stesso il rapporto con gli altri pegni privilegiati. Più tardi si ventilò la questione se il privilegio per la restituzione della dote fosse preferibile agli altri pegni privilegiati più recenti, e la questione è decisa dalla Nov. 97. c. 3. in favore della dote. Ora dalla decisione di Giustiniano non nasce certamente che il pegno privilegiato per la restituzione della dote debba essere preferito anche ai pegni *propter versionem in rem*. L'argomentazione che comunemente si fa per sostenere questa conseguenza è erronea. Il pegno della donna maritata, si dice, è preferito al più recente dei pegni *propter versionem in rem*, ma essendo il più recente di questi pegni preferito al più antico, ne segue che quello della donna maritata debba essere anche preferito al più antico de' pegni *ob versionem in rem*. L'errore si manifesta maggiormente, quando si consideri che la preferenza del più recente dei pegni *ob versionem in rem* ha luogo esclusivamente verso gli altri pegni di egual natura. Leggendosi i passi nel loro insieme, si vede chiaramente che il privilegio del fisco rimase anche dopo Giustiniano assolutamente privilegiato come nell'antico diritto, e che il privilegio della donna maritata non ebbe sopr'esso preferenza nessuna, se non relativamente alle altre semplici ipoteche (l).

(g) Ved. not. (d).

(h) N. 97. c. 4.

(i) L. 5. 7. pr. qui pot. in pign. (20. 4.). — Ved. not. (d).

(k) L. 12 C. qui pot. (8. 18.).—Nov. 97. c. 3.—Ved. not. (c) ed (e).—*Glück*, XIX. p. 342.—*Mühlenbruch*, comp. §. 320.—*Haimberger*, §. 262.

(l) *Westphal*, diritto di pegno pag. 233. — *Gesterding*, diritto di pegno pag. 285. — *Tigerström*, diritto dotale II. pag. 383. — *Puchta*, Pand. §. 211.

§. 208.

b) Della priorità del pegno.

Quando fra i pegni non decide il privilegio, è preferito il più antico, e sono applicabili i principii osservati nei precedenti paragrafi sulla costituzione dei pegni e sul tempo della loro esistenza (a).

In riguardo alla prova della priorità fa d'uopo attenersi alla costituzione di Leone, il contenuto della quale sarebbe il seguente: chi intende provare la priorità del suo pegno contro un altro creditore pignoratario, non deve adoperare un documento privato che provenga dal solo debitore, col quale potrà provare unicamente l'esistenza, non la data del suo diritto; la pruova per documenti deve farsi con atti publici, ovvero sottoscritti da tre testimoni fededegni (b). Dalla legge di Leone così esposta, nascono le seguenti regole:

1) Di due pegni, provati l'uno per documenti publici, l'altro con mezzi di diversa natura ma ugualmente abili, nessuno ha preferenza, ed entrambi si ordinano secondo la data.

2) Di due pegni provati l'uno per documenti privati, l'altro per documenti publici o per altri mezzi, il primo è posposto.

3) Il pegno privilegiato privato è sempre preferito al pegno semplice, quand' anche addimostrato per atti publici, non essendo questione di data e priorità di tempo.

Questa regola della priorità per data cessa:

1) fra i pegni pretorii (c);

2) fra i pegni privilegiati *ob versionem in rem* (§. 207.).

(a) L. 3. pr. L. 8. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 4. 8. 12. §. 1. C. eod. (8. 18.). *Antonin.* Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es iure. — Nov. 91. c. 1.

(b) L. 11. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Leo.* Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis, necne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. — Ved. *Vangerow*, §. 387. — *Cosacker*, de praerogativa pign. Trib. 1789. — *Gesterding*, diritto di pegno pag. 292.

(c) L. 12. pr. de reb. auct. iud. (42. 5.). *Marcian.* Quum secundus creditor oblata priori

§. 209.

c) Relazione tra' creditori di diverso grado.

Il creditore preferito può usare senza ostacolo il suo diritto su tutta l' estensione e il contenuto del pegno: onde può produrre l' azione contro ogni terzo non solo, ma anche contro il creditore posteriore, e rimuovere con un'eccezione di pegno migliore le azioni di quest' ultimo (a). Similmente può compiere o permettere la vendita della cosa secondo il proprio interesse senza riguardo agli altri creditori che debbono essere soddisfatti dopo di lui; ed in questo modo sta in suo potere di risolvere i molti diritti di pegno che gravitano sulla medesima cosa (b).

Tale priorità si trasmette a colui che si surroga al primo creditore pignoratario.

Il creditore posteriore ha pur'egli un diritto effettivo di pegno, che può far valere contro terze persone in ogni tempo; ma contro il creditore preferito la sua azione di pegno è senza efficacia (c) fino a quando non sia questi soddisfatto (d). Egli non può vendere l'oggetto, e colui che avesse comprato la cosa dal creditore posteriore può venire costretto alla restituzione per mezzo dell' azione ipotecaria del creditore preferito, e il primo deve risponderne, potendo essere considerato o come frodatore, ovvero come *qui dolo malo possidere desiit* (e). Il creditore posteriore ha

---

pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.— L. 5. §. 5. ut in possess. leg. (36. 4.). — L. 15. §. 15. de damno infecto (39. 2.). *Ulp.* Si plures sunt, qui postulent, ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. Idemque Labeo probat, et si prius quis in possessionem missus sit, et alius mitti desideret; nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem. Quodsi iam prior possidere iussus sit, et alius damni infecti caveri desideret, tunc, nisi caveatur, mittetur in possessionem posterior. — L. 10. pr. C. de bon. auct. iud. (7. 72.). — L. 2. C. qui pot. (8. 18.).

(a) L. 12. pr. qui pot. (20. 4.). *Marcian.* Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata*, sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat: *si non convenit, ut sibi res sit obligata*, hic in modum supra relatum replicabit; sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

(b) L. 8. C. qui pot. (8. 18.). — L. 1. C. cred. evict. (8. 46.). — L. 1. 3. C. si ant. cred. (8. 20.).

(c) L. 12. pr. §. 7. qui pot. in pign. (20. 4.). — Ved. not. (s).

(d) L. 1. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Sever.* et *Anton.* Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, quum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. — L. 9. §. 3. qui pot. (20. 4.).

(e) L. 8. C. qui pot. in pign. (8. 18.). — L. 1. de distr. pign. (20. 5.). — L. 1. C. cred. evict. (8. 46.).—confr. L. 16. §. 3. de pign. (20. 1.).

nondimeno diritto di pretendere il resto del prezzo del pegno dal creditore anteriore (f): ha inoltre il diritto d'evitare l'azione del creditore precedente, sia come ogni reo convenuto soddisfacendo il credito (g), sia offerendo il prezzo o secondo i casi depositandolo, e surrogandosi nelle ragioni del creditore anteriore; allora avrà il diritto di regolare la vendita da sè (h). Finalmente quel creditore posteriore, che abbia un diritto di pegno speciale può opporre ad un'azione ipotecaria del creditore anteriore, che ha un pegno generale, la così detta *exceptio excussionis realis* (i).

IV. Dei mezzi per tutelare il pegno.

§. 210.

1) Azione reale.

Per garantire il diritto di pegno il creditore ha un'azione reale, detta in un caso *actio Serviana*, negli altri *actio quasi Serviana*, comunemente intesa col nome di *actio hypothecaria*, ovvero *pignoratitia in rem actio* e distinta dalla *pignoratitia in personam*, la quale nasce dal contratto e appartiene alle obbligazioni (a).

Tale azione è una *vindicatio pignoris*, e, come una *utilis rei vindicatio*, compete al creditore contro qualunque possessore della cosa impegnatagli, fosse anche lo stesso debitore proprietario, anche come l'azione di rivindica può essere prodotta contro il *fictus possessor* (b); secondo le circostanze si può produrre quest' azione nella stessa estensione ed efficacia, come il costituente che l'ha impegnata, può produrre l' azione publiciana (c).

(f) L. 12. §. 5. qui pot. in pign. (20. 4.). *Marcian.* Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.—confr. L. 96. §. 3. de solut. (46. 3.).

(g) L. 11. §. 4. qui pot. (20. 4.).

(h) L. 5. pr. de distrah. pign. (20. 5.).

(i) L. 2. C. de pign. (8. 14.). — Ved. §. 210. not. (k).

(a) §. 7. Inst. de act. (4. 6.): Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nulla conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

(b) L. 16. §. 3. de pign. (20. 1.). *Marcian.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est; nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet: si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem re-

È scopo dell' azione ipotecaria la restituzione della cosa, e come nell' azione di proprietà, il rimborso dei danni e gl' interessi; certamente questo scopo è confinato dall' obbligazione cui il pegno garantisce. L' azione si estende anche ai frutti, ma in quanto sono esistenti, ed in quanto possono soddisfare l' obbligazione (d).

Non ne è condizione la scadenza del credito, potendo il creditore servirsene anche prima durante il diritto di pegno, specialmente quando abbia perduto senza sua colpa e volontà il possesso dell'oggetto (e). Con questa azione non si può pretendere la soddisfazione del credito, eccetto se il convenuto fosse lo stesso debitore; ai terzi è data facoltà di schermirsene offrendo l'intera soddisfazione del credito (f).

Per la pruova è mestieri distinguere se convenuto sia lo stesso debitore, una terza persona o un creditore che ha pegno sulla cosa stessa: nel primo caso è sufficiente la costituzione del pegno; nel secondo caso, purchè il terzo non avesse acquistato l'oggetto direttamente dal debitore, conviene non solo provare il pegno, ma ancora che la cosa a quel tempo era nella proprietà del debitore; nel terzo finalmente deve provarsi il pegno e il diritto della preferenza (g).

---

stituat, aeque absolvendus est; si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam, si caveret se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur?

(c) L. 18. eod. *Paul.* Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepit, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

(d) L. 16. §. 3. 4. L. 21. §. 3. eod. *Ulp.* Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem; nam adversus debitorem, non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessiones etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoraticia actione.—confr. L. 66. pr. de evict. (21. 2.).

(e) L. 14. pr. de pign. (20. 1.). *Ulp.* Quaesitum est, si non dum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea, et ita Celsus scribit. — L. 28. pr. de pign. act. (13. 7.).

(f) L. 16. §. 3. de pign. (20. 1.).

(g) L. 12. §. 1. de distr. pign. (20. 6.). — L. 15. §. 1. L. 16. §. 3. L. 21. §. 1. de pign. (20. 1.). — L. 23. de prob. (22. 3.). *Marcian.* Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cuius voluntate hypoteca data sit. — L. 12. pr. L. 14. qui pot. (20. 4.).

D'altra parte il convenuto potrà adoperare in suo favore alcune eccezioni come nel giudizio di proprietà, e distruggere in tutto o in parte l'effetto dell'azione pignoratizia (h):

1) con l'offerta del pieno pagamento, anzi con ciò il convenuto, che stia legalmente in possesso, può costringere l'attore alla cessione dello stesso diritto di pegno (i);

2) per mezzo di due beneficii, ossia;

a) nel diritto anteriore alle Novelle era data al creditore la scelta di rivolgersi o contro il debitore con l'azione personale, ovvero contro il possessore della cosa oppignorata con l'azione reale, secondo il nuovissimo diritto;

b) con l'*exceptio excussionis personalis*, chiedendo il terzo possessore che l'attore si dirigga prima al suo debitore ed al fideiussore (k);

c) con l'*exceptio excussionis realis*, costringendo l'attore a rivolgersi prima al pegno speciale indi al generale nel caso che egli li avesse entrambi (l).

L'*exceptio excussionis* non regge ne' seguenti casi:

1) se è noto che debitore e fideiussore sono insolventi;

2) se sono assenti, nè ritornano nel tempo dal giudice stabilito (m);

3) se il debitore alienò la cosa dopo mossa l'azione ipotecaria, indipendentemente se il compratore sapesse o no l'esistenza del pegno (n);

4) finalmente se l'oggetto del pegno fosse un credito.

Oltre a ciò compete al convenuto tanto l'eccezione di preferenza quanto quella di prescrizione, la quale per l'azione ipotecaria è stabilita di 40 anni (o).

(h) L. 29. §. 2. de pign. (20. 1.). *Paul.* Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et exstruxit; quaesitum est de iure pignoris; Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo iura soli superficiem secutam videri, id est cum iure pignoris; sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.

(i) L. 12. §. 1. quib. mod. pign. (20. 6.). — L. 19. qui pot. in pign. (20. 4.).

(k) Nov. 4. c. 2.—confr. L. 14. C. de O. et A. (4. 10.). — L. 14. 24. C. de pign. (8. 14.). *Dioclet.* et *Maxim.* Persecutione pignoris omissa debitores actione personali convenire, creditor urgeri non potest.

(l) L. 2. C. de pign. (8. 44.). *Sever.* et *Anton.* Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit. — confr. L. 2. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 9. C. de distr. pign. (8. 29.).

(m) Nov. 4. c. 1. 2.

(n) Nov. 112. c. 1.

(o) L. 12. pr. §. 7. qui pot. in pign. (20. 4.). — L. 7. §. 1. 2. C. de praescript. 30. ann. (7. 39.).

§. 211.

2) Dell' interdictum Salvianum.

T. D. de Salviano interdicto (43. 33.). — C. de precario et Salv. interd. (8. 9.).

Per il medesimo caso, al quale si aggiustava l' *actio Serviana*, cioè per le *invecta et illata* dal conduttore nel fondo rustico od urbano, fu concesso dall' editto pretorio un interdetto *adipiscendae possessionis* conosciuto col nome d' *interdictum Salvianum* (a), per mezzo del quale il locatore può pretendere il possesso degli oggetti ipotecati per la mercede del fondo, per esercitare il suo diritto. Un tale interdetto si rinviene anche dopo che fu introdotta un' azione speciale, ossia anche quando non fu più indispensabile.

La validità di questo interdetto viene comunemente circoscritta ai casi per i quali ebbe origine, e non si accetta un *interdictum quasi Salvianum* in analogia dell'*actio quasi Serviana*; quantunque la scuola avesse per analogia esteso l'interdetto medesimo ad ogni creditore ipotecario (b).

§. 212.

3) Altre azioni spettanti al creditore pignoratario.

Oltre ai mezzi succitati il creditore ha ancora molti altri mezzi di tutela, fondasi sopra il concetto che il creditore pignoratario è reputato proprietario dell' oggetto, come se, secondo il diritto antichissimo, l' avesse acquistato *fiduciae causa*.Per la qual cosa il creditore pignoratario può giovarsi utilmente ancora delle seguenti azioni: a) dell'*actio confessoria* e *negatoria* (a); b) dell'*actio finium regundorum* (b); c) dell'*actio legis aquiliae* (c); dell'azione di furto (d); d) dell'azione per *cautio damni infecti* (e); e) nel caso di pegno propriamente detto degl' *interdicta retinendae* e *recuperandae possessionis* (f), come l'*interdictum de vi aut clam* e l'*interdictum de precario.*

(a) §. 3. Inst. de interd. (4. 15.). *Gai.* Inst. IV. §. 147.

(b) V. *Vangerow*, Pand. I. 390.—*Zimmern*, giorn. di Giess. I. p. 54.—*Thibaut*, eod. Dissert. 7.—*Puchta*, corso delle Ist. II. §. 251. ecc.

(a) L. 16. de servit. (8. 1.).

(b) L. 4. §. 9. act. fin. regund. (10. 1.). *Paul.* Finium regundorum actio et in agris vectigalibus, et inter eos, qui usumfructum habent, vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi, et inter eos, qui iure pignoris possident, competere poteat.

(c) L 17. pr. L. 36. §. 1. ad Leg. Aquil. (9. 2.). *Ulp.* Si dominus servum suum occiderit, bonaefidei possessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.

(d) L. 87. de furt. (47. 2.). *Paul.* Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit; sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae, et usurarum eius, furti conveniretur.

(e) L. 11. de damno infecto (39. 2.).

§. 213.

V. Dell' estinzione del diritto di pegno.

T. D. quib. mod. pign. vel hypotheca solv. (20. 6.).

1) Il diritto di pegno, come un *ius in re aliena*, è soggetto ai modi di estinzione comuni agli altri di questa natura (a).

2) Si estingue naturalmente per confusione quando si uniscono nella medesima persona il diritto di pegno e la proprietà della cosa impegnata (b). Pur non pertanto nella teoria del pegno vi sono eccezioni a questa regola, in quanto si può far valere un diritto di pegno sulla cosa propria.

Il diritto di pegno sottostà pure a modi generali di estinzione, quindi cessa :

1) per remissione, la quale si effettua espressamente o tacitamente; espressamente per mezzo di un contratto che può rimettere tanto una parte, quanto tutto il pegno, tanto un pegno speciale e volontario, quanto un legale (c). Tacitamente o per presunzione ne' seguenti casi:

a) se il creditore restituisce al debitore l' oggetto del pegno col documento del contratto, al che se segue la consegna dell'istrumento, si presume rimessa anche la obbligazione principale (d);

b) se il creditore legò al debitore il pegno medesimo (e);

(f) L. 35. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Florent.* Pignus manente proprietate debitoris solum possessionem transfert ad creditorem; potest tamen et precario et pro conducto debitore re sua uti. — L. 11. §. 14. quod vi aut clam. (43. 24.). — L. 6. §. ult. de precar. (43. 26.).

(a) Ved. capp. preced.

(b) L. 29. de pign. act. (13. 7.). *Iulian.* Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse, et sola precarii rogatio supererit; idcirco usucapio tua interpellabitur. — L. 30. in fin. de except. rei iud. (44. 2.). — confr. L. 83. §. 5. de usuc. (41. 3.). — L. 45. de R. I. (50. 17.).

(c) L. C. de remiss. pign. (8. 26.). — L. 8. §. 1. 3. 4. h. t. *Marcian.* Creditor ne pignori hypothecaeve sit res, pacisci potest, et ideo si heredi pactus fuerit ei quoque proderit pactum, cui restituat hereditatem ex Senatoconsulto Trebelliano. — L. 8. pr. ad SC. Velleian. (16. 1.). — L. 4. C. de remiss. pign. (8. 26.).

(d) L. 2. §. 1. L. 3. de pactis (2. 14.), *Paul.* Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. — L. 7. C. de rem. pign. (8. 26.).

(e) L. 1. §. 1. de liber. leg. (34. 3.). *Ulp.* Iulianus scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum, habereque eum actionem, ut pignus recipiat, priusquam pecuniam solvat; sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari; sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc pervenietur exemplo luitionis.

c) se con assenso del creditore il debitore prestò altro mezzo di sicurezza (f);

d) se il creditore ha consentito ad un' altra costituzione di pegno sulla cosa prima impegnatagli: il che è non solo rinuncia della preferenza, ma ancora rinuncia del pegno, salvo che non si provi la contraria intenzione, o la riserva del proprio diritto (g); ovvero se senza riservare il suo diritto abbia il creditore consentito all' alienazione del obbietto del pegno (h). Se al contrario non vi è stato consenso espresso, ma solamente il creditore non ha contraddetto, il suo tacere non gli cagiona la perdita del diritto, tranne che l'alienante sia il fisco o il creditore taccia per dolo, ovvero con editto giudiziale avvertito, non contraddica, quantunque presente alla vendita (i);

2) pel decorso del tempo fino al quale fu costituito (k);

3) per prescrizione e specialmente:

a) Chi secondo le regole dell'usucapione ordinaria possiede un oggetto impegnato, se ignora di buona fede l'esistenza del pegno, dopo 10 anni, e secondo le circostanze, dopo 20, acquista la proprietà libera (l).

b) Così per mezzo dell'usucapione straordinaria, purchè sempre il possessore ignori l'esistenza del pegno.

c) L'azione pignoratizia contro il debitore e suoi eredi si prescrive in 40 anni; contro i terzi, i quali non abbiano acquistata la libera proprietà della cosa per usucapione, si prescrive in 30 anni; contro un creditore pignoratario di grado inferiore nel tempo della vita del debitore si prescrive in 40 anni; e dopo la morte di lui, bisogna distinguere se il creditore posteriore vuol imputare il tempo in cui la cosa fu posseduta da lui o dallo stesso debitore mentre era in vita, o no; nel primo caso l'azione si prescrive in 40 anni, nel secondo in 30 (m).

(f) L. 9. §. 3. de pign. act. (13. 7.). *Ulp*. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pignoraticia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.—L. 5. §. 2. L. 6. §. 1. 3. h. t. — L. ult. C. de nov. (8. 42.).

(g) L. 9. §. 1. L. 12. pr. quibus modis pignus (20. 6.). *Paul*. Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, et si Respublica tertio loco crediderit.—L. 12. §. 4. qui pot. (20. 4.).

(h) L. 4. §. 1. 2. L. 8. §. 6. 7. 11-19. h. t. — L. 158. de R. I. (50. 17.).— L. 2. 11. C. de rem. pign. (8. 26.).

(i) L. 4. §. 1. h. t. — L. 2. 6. 8. C. de rem. pign. (8. 26.).— L. 2. C. si alien. res. (8. 16.).

(k) L. 6. pr. h. t. *Ulp*. Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita sit.

(l) T. C. si adv. cred. praescr. oppon. (7. 36.). — L. 5. §. 1. de div. temp. praescript. (44. 3.). — L. 8. pr. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.). — Ved. §. 170. not. (a).—confr. L. 44. §. 5. de usuc. (41. 3.). — L. 1. §. 2. de pign. (20. 1.). — L. 14. C. de O. et A. (4. 10.).

4) Finalmente cessa il pegno dal momento che termina la causa della sua esistenza, ossia appena l'obbligazione, in sostegno della quale fu costituito, si estingue in tutta la totalità del suo obbietto; cessa assolutamente il pegno, quando anche l'obbligazione si fosse estinta *ope exceptionis* (n). Ciò non ostante per regola dell' editto pretorio l'*actio hypothecaria*, come l'azione *de constituta pecunia*, allora cessa quando il creditore è pienamente soddisfatto, o quando non è soddisfatto per sua volontà (o); ma l'azione ipotecaria, e per conseguenza il pegno, resta qualora l'obbligazione principale si estingue per motivi indipendenti dalla volontà del creditore (p).

APPENDICE X.

Il diritto di pegno quale noi lo troviamo nei libri giustinianei non è che una istituzione molto recente del diritto romano, ma che ha nondimeno radice nei più antichi istituti, e se ne osservano i primi rudimenti nelle antiche forme di esecuzione. .

Il diritto di obbligazione per suo carattere giuridico non può dare altro potere al creditore che di costringere il debitore al pagamento; per esatta applicazione di

(m) L. 7. §. 1 2. de prescr. trig. vel quatr. ann. (7. 39.).

(n) L. 6. pr. h. t. — L. 11. §. 2. 5. de pign. act. (13. 7.). — L. 19. de pign. (20. 1.). — L. 3. de luit. pign. (8. 31.). — L. 19. C. de usur. (4. 32.). — L. 43. de solut. (46. 3.). — L. 17. §. 2. de pact. (2. 14.). — L. 5. pr. L. 13. h. t. *Trypon.* Si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

(o) Ved. not. prec. confr. L. 13. §. 1. ad SC. Velleianum (16. 1.). — L. 11. §. 4. qui pot. in pign. (10. 4.). — L. 49. de solut. (46. 3.). *Marcian.* Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditori eius, vel futuro debitori, vel etiam ei, cui donaturus erat, absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. Tutori quoque si soluta sit pecunia, vel curatori, vel procuratori, vel cuilibet successori, vel servo actori, proficiet ei solutio. Quodsi acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis sufficit.

(p) Ved. L. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9. 2.). — L. 27. de pign. (20. 1.). — L. 3. 7. C. de praescr. 30. ann. (7. 39.). — L. 2. C. de luit. pign. (8. 31.). — L. 59. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 38. §. 5. de solut. (46. 3.). *African.* Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit; quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fideiussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque, qui fideiusserit, liberari. — L. 13. §. 1. ad SC. Vellei (16. 1.). — L. 13. §. 4. de pign. (20. 1.).—*Bachov.* De pign. libr. V. §. 2. 3.

questo principio l'antichissimo diritto di Roma non concedeva l'esecuzione sui beni, la quale avrebbe sorpassate le facoltà del creditore, e manomessa l'altrui proprietà: sulla sola persona obbligata poteva quegli dirigersi per attuare il suo diritto.

I. A questo stato si rapporta il celebre frammento delle XII. Tavole: *Heris confessis rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto;* chi confessava in diritto era equiparato al condannato, aveva trenta giorni di dilazione, dopo questo tempo si dava contro di lui la *manus iniectio* (a): *Post deinde manus iniectio esto, in ius dicita;* e se non pagava o non presentava un *vindex*, il creditore avea diritto di mettere le mani su di lui, e menarlo legato in prigione, potendo solo essere obbligato a somministrargli una libra di farina giornalmente per alimento. Questa esecuzione personale fu estesa fino al segno di permettere che dopo sessanta giorni e dopo altre formalità potesse vendersi il debitore *trans Tiberim* (b).

Una limitazione a questo diritto fu dettata dalla legge Petelia (428.) cho proibi al creditore l'incatenamento dopo 60 giorni, dovendo il debitore essere adoperato al lavoro, dal cui frutto poteva l'altro ricavare la somma del credito.

In un caso speciale quando lo Stato era creditore di un cittadino per imposte arretrate, si applicava la multa e la *pignoris capio*, la coazione contro il renitente, e il *ius pensionis*, potendo il magistrato vincere la opposizione del debitore con la cattura. Questi mezzi coercitivi avevano un doppio carattere: erano mezzi per il cominciamento di un giudizio, se il reo metteva in dubbio la giustezza del reclamo; erano esecuzioni della sentenza, quando per giudizio criminale qualcuno era condannato ad una somma di danaro. Questo primo passo dell'istituto di pegno aveva questa forma, che il Pretore mandava i questori a prendere possesso de'beni del debitore *(bona possessa)*, e, come se fossero proprietà dello Stato, erano venduti al maggiore offerente *(bona proscripta)*.

II. Il Pretore Rutilio estese a favore de'crediti privati la esecuzione sui beni (c); a richiesta del creditore il Pretore lo immetteva nei beni del debitore *(missio in possessionem rei servandae causa)*. Riconosciuta la possibilità che il creditore potesse soddisfarsi sui beni del suo debitore, fu agevole concepire, e costituire effettivamente il diritto di pegno. Il concetto fondamentale del pegno dovette fissarsi così: che il creditore e il debitore convenissero che il primo senza la cooperazione del secondo si pagasse col prezzo di vendita di una cosa determinata, e che l'altro potesse riscattare la propria cosa per mezzo del pagamento.

Affinchè questo concetto potesse incarnarsi era mestieri determinarlo in una formola di diritto civile, non essendo efficace per questo il solo consenso. La forma che in quei tempi si presentava come possibile era la *mancipatio*, per mezzo della quale il creditore acquistava il dominio della cosa, e poteva, in caso che non si pagava il debito, vendere l'oggetto; era d'altra parte data un'azione al debitore di ricuperare per *remancipationem* l'oggetto dopo soddisfatto il creditore. La limitazione al dominio di questo, ossia l'obbligo alla *remancipatio*, fu detta *fiducia*, *fiduciam contrahere*, ed il pegno stesso si nominò *fiducia* (d).

Erano obbietti di questo pegno tutto ciò che poteva essere alienato o ceduto *in*

(a) Ved. I. vol. pag. 289.

(b) Eod.

(c) *Gai.* VI. 35.

(d) *Gai.* II. 60. III. 201.— Paul. recept. sent. II. 13.

iure, non esclusi i proprii figliuoli, sui quali il creditore acquistava il *mancipium*.

In questo modo essendo la facoltà di alienare data al creditore come effetto del dominio in lui trasferito per mezzo della mancipazione, si giunse a mantener fermo l'antico principio che vietava qualunque esecuzione sui beni del debitore; ed insieme con la revocabilità del dominio furono evitate le sconfinanti conseguenze di questo spediente. Così costituito il pegno, si dava piena sicurezza al creditore il quale addiveniva proprietario; per virtù dei mezzi che tutelano la proprietà riusciva giuridicamente impossibile la sottrazione dell'oggetto da parte del debitore, e non poteva supporsi il pegno sulla stessa cosa a più creditori, perchè in questo caso vi sarebbe stata la proprietà di molti sul medesimo oggetto *in solidum*, il che è impossibile.

Ma la necessità che della cosa impegnata si facesse proprietario il creditore era pure inconveniente, in quanto che il debitore per dare sicurezza del debito dovea privarsi totalmente di una parte del suo patrimonio. A cansarla si offriva un altro istituto dell'antico diritto, il *precarium*, per cui poteva lasciarsi al debitore il possesso dell'oggetto, essendo d'altra parte il creditore garentito perfettamente con la *rei vindicatio*.

Il diritto del creditore, per conseguenza della proprietà, era di vendere il pegno, in caso che non venisse soddisfatto alla scadenza; prima di questo tempo gli mancava il *ius distrahendi*, avendo il debitore per contrapposto l'*actio fiduciae* per liberare il pegno col pagamento, la quale azione era naturalmente perduta per mezzo della vendita, e poteva solamente esercitarsi per tuttociò che avanzava dalla soddisfazione del creditore. Potevasi ancora convenire che giunto il tempo del pagamento il pegno entrasse irrevocabilmente in proprietà del creditore, il quale lo riteneva in soddisfazione del suo credito: tale convenzione avveniva per la legge *commissoria*, la quale fu vietata posteriormente da Costantino per ogni specie di pegno.

III. Quando in tempi più recenti il diritto pretorio si contrappose al diritto civile, e con nuove massime creò rimpetto a questo un novello sistema; il pegno si trasformò così, che col trapasso del solo possesso materiale si conseguì l'effetto di non alterare la sicurezza del credito, e di non spropriare della cosa il debitore.

Questa forma sebbene più recente della *fiducia*, occorre ancora nei tempi più antichi con un altro carattere. È il mezzo coercitivo per l'esecuzione della sentenza, la *pignoriscapio*, usata dal magistrato contro quei cittadini che si sottraevano ai pesi publici, annoverata tra le *legis actiones*, indi estesa alle materie civili per esecuzione nelle *extraordinariae cognitiones*, e finalmente per esecuzione di ogni sentenza giudiziale *(pignus in causa iudicati captum)*. È senza dubbio una specie di pegno la *missio in possessionem*, per mezzo della quale il magistrato immette a possedere i beni del debitore per assicurare un diritto; donde nacque il pegno pretorio.

Il pegno che seguì alla *fiducia* si costituiva per contratto tra le parti. Il debitore per mezzo di un contratto pignoratizio dava sicurtà al creditore col trasmettergli il possesso di una cosa sua propria.

La differenza di questo pegno con la *fiducia* è rilevante, in quanto che in questa si trasferiva il dominio al creditore, nel pegno il semplice possesso; il contratto di pegno è *iuris gentium*, e il diritto del creditore nasce per semplice tradizione senza atti solenni.

Questa forma di pegno fu avvalorata con l'introduzione dei mezzi di tutela del possesso: pure due imperfezioni vi si notano.

Il possesso del creditore impediva l'alienazione delle cose mobili, non delle immobili, che poteano alienarsi anche dal non possessore: onde per queste la garantia era incerta, e il creditore era soggetto alla *rei vindicatio* di un successore singolare: contro cui l'*exceptio doli* era inefficace. Forse fu rimediato col rilasciare la cosa al debitore in precario, e garantirsi più pienamente con l'interdetto relativo *(de precario)*.

L'altra imperfezione riguardava la vendita del pegno, per la quale, poichè il diritto di vendere nel creditore non derivava che dal patto *de distrahendo pignore*, era solo trasmessa al compratore la *conditio usucapiendi*.

IV. L'ultima forma del pegno fu l'ipoteca che giunse a dare una perfetta sicurezza al credito, ed una massima estensione ed attuabilità all'istituto medesimo. Coi precedenti sistemi della *fiducia* e del pegno era impossibile impegnare successivamente la stessa cosa, onde la proprietà col primo pegno cessava di essere utile al credito: era impossibile impegnare una totalità di beni con nome collettivo, dovendo procedere per singole cose: era finalmente impossibile di dare il pegno sulle cose future. Questi sconci si dileguarono togliendo dal pegno la trasmissione della proprietà, e del possesso, e riducendolo ad un *ius in re aliena*, cioè ad un'ipoteca.

In sulle prime il Pretore nel suo editto dichiarò che il fittaiuolo potesse dare in pegno al proprietario per sicurezza del fitto tutto ciò che portava nel fondo *(illata et invecta)*. Per assicurare il pegno il Pretore diede due mezzi: un interdetto *adipiscendae possessionis* conosciuto col nome d'*interdictum Salvianum*, ed un'azione reale che fu detta *actio Serviana*. Poscia il diritto di pegno in generale ebbe il medesimo carattere e l'azione *Serviana* fu estesa a tutti i creditori pignoratarii col nome di *actio quasi Serviana*. È questo l'ultimo stato del diritto.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL 1.° VOLUME.

PREFAZIONE alla seconda edizione. . . . . » III
PREFAZIONE alla prima edizione. . . . . » X

PARTE I.

INTRODUZIONE.

§. 1. Del diritto civile romano. . . . . pag. 1

Fonti del diritto romano.

§. 2. Codici giustinianei. . . . . » ivi
§. 3. Fonti per la intelligenza del *corpus iuris*. . . . . . . » 6
§. 4. Bibliografia. . . . . » 12

LIBRO I.

PARTE GENERALE.

CAPITOLO I.

DEL DIRITTO IN SENSO OBBIETTIVO.

I. §. 5. Della giustizia e del diritto. . . . . » 19
II. Della divisione del diritto.
A. §. 6. Del diritto publico e privato. . . . . » 21
B. §. 7. *Ius naturale gentium et civile.* . . . . » ivi
B. §. 8. Diritto scritto e non scritto. . . . . » 22
III. §. 9. Divisione del diritto in rapporto al suo carattere ed estensione . . » 26
IV. §. 10. Dell' interpretazione. . . . . » 27
V. §. 11. Del diritto in rapporto al tempo. . . . . » 32
VI. §. 12. Abolizione della legge. . . . . » 39
Appendice I. . . . . » ivi

CAPITOLO II.

DELLE PERSONE.

§. 13. Concetto della persona. . . . . » 43
I. Persone fisiche.
A. §. 14. Condizioni per la esistenza dell'uomo o della esistenza di fatto. . » 44
§. 15. Termine della esistenza fisica. . . . . » 46
B. §. 16. Della capacità o dello *status* e delle diminuzioni nel capo. . . » 48
C. Circostanze che hanno influenza sulla esistenza fisico-giuridica della persona.
1) §. 17. Dello stato naturale. . . . . » 63
2) §. 18. Del sesso. . . . . » 65
3) §. 19. Dell' età. . . . . » 66
4) §. 20. Della sanità di corpo e di spirito. . . . . » 72
5) §. 21. Della religione. . . . . » 74
6) §. 22. Del domicilio. . . . . » 75
7) §. 23. Della parentela ed affinità. . . . . » 77
8) §. 24. Della pubblica stima. . . . . » 80
II. Delle persone giuridiche.
A. §. 25. Concetto e specie delle persone giuridiche in generale. . . . . » 86
B. Delle università in generale.
1) §. 26. Carattere generale ed idoneità delle università. . . . . . » 88
2) §. 27. Termine della università. . . . . » 93
C. Di alcune università in particolare.
1) §. 28. Del fisco. . . . . » ivi
2) §. 29. Delle fondazioni pie. . . . . » 94
I. Appendice II. Manomissione. . . . . » 95
II. Appendice III. Cittadinanza. . . . . » 97
III. Appendice IV. Persone giuridiche. . . . . » 99

CAPITOLO III.

DELLE COSE.

I. §. 30. Concetto delle cose. . . . . » 101
II. Importanza giuridica delle cose.
A. §. 31. Delle cose mobili ed immobili. . . . . » 102
B. §. 32. Delle cose in commercio e fuori commercio. . . . . » 103
C. §. 33. Delle cose fungibili e non fungibili. . . . . » 105
D. §. 34. Delle cose dividue ed individue. . . . . » 106
E. §. 35. Delle cose singole e complessive. . . . . » 107
F. Delle cose principali ed accessorie.
1) §. 36. Delle pertinenze. . . . . » 109
2) §. 37. Delle spese. . . . . » 110
3) §. 38. Dei frutti. . . . . » 111
4) §. 39. Delle usure. . . . . » 113
5) §. 40. Divieto dell' Anatocismo. . . . . » 117

CAPITOLO IV.

DEI FATTI GIURIDICI.

§. 41. Concetto generale. » 118

SEZIONE I.

Delle azioni in generale.

I. §. 42. Della idoneità della volontà. » 119
II. Influenza della violenza, dell'errore e della frode. »
A. §. 43. Della violenza. » 120
B. §. 44. Dell'errore. » 121
C. §. 45. Della frode. » 130
III. §. 46. Della dichiarazione della volontà. » 131
IV. §. 47. Del consenso del terzo. » 132
V. §. 48. Della ratihabitio. » 133

SEZIONE II.

Dei negozii civili.

I. §. 49. Concetto e specie dei negozii civili. » 134

II. §. 50. Parti essenziali. » 135
III. Parti accidentali de' negozii civili.
A. Delle condizioni.
1) §. 51. Concetto e specie delle condizioni. » 136
2) §. 52. Dell'adempimento e degli effetti delle condizioni. » 141
B. §. 53. Della determinazione del tempo. » 148
C. §. 54. Del modo. » 150
IV. §. 55. Nullità de' negozii civili. » 152
V. §. 56. Della interpretazione de' negozii civili. » 154

SEZIONE III.

Fatti illeciti.

I. §. 57. Idea dei fatti illeciti. » 155
II. §. 58. Della colpa. » 156
A. §. 59. Gradi della colpa. » 157
B. §. 60. Regole in rapporto alla prestazione della colpa. » 160

CAPITOLO V.

DEI DIRITTI.

I. §. 61. Concetto e divisione de' diritti. » 161
II. Dell'origine della estinzione de' diritti.
A. Dell'acquisto.

1) §. 62. Dell' acquisto in generale. » 162
2) §. 63. Dell' acquisto per successione. » 163
a) §. 64. Della donazione. » 164
b) §. 65. Requisiti ed effetti della donazione. » 168
c) §. 66. Della rivocazione della donazione. » 172
d) §. 67. Di alcune specie di donazioni. » 173
B. Della estinzione de' diritti.
1) §. 68. Della estinzione in generale. » 176
2) §. 69. Della rinuncia. » 178
C. Del tempo considerato rispetto alla origine ed estinzione de' diritti.
1) §. 70. Divisione del tempo e sua computazione » 179
2) §. 71. Del tempo continuo ed utile. » 185
3) §. 72. Del giorno intercalare. » 190
4) §. 73. Del tempo immemorabile. » 195
5) §. 74. Della efficacia del tempo sulle relazioni giuridiche in generale » 196
III. §. 75. Della contrapposizione de' diritti. » 197
Appendice V. » 199

CAPITOLO VI.

DEI MEZZI PER TUTELARE I PROPRII DIRITTI.

§. 76. Dei mezzi in generale. » 200

SEZIONE I.

Dei mezzi privati.

I. §. 77. Dei mezzi privati e delle pene private. » ivi
II. §. 78. Diritto di ritenzione. » 202

SEZIONE II.

Delle azioni.

I. §. 79. Concetto generale. » 204
II. Specie delle azioni.
1) §. 80. Delle azioni reali personali e pregiudiziali. » 205
2) §. 81. *Actiones directae et utiles, vulgares et in factum, in ius et in factum conceptae.* » 210
3) §. 82. *Actiones bonae fidei, stricti iuris, condictiones.* » 212
4) §. 83. *Actiones arbitrariae.* » 220
5) §. 84. Degli interdetti. » 221
6) §. 85. *Actiones rei persecutoriae, poenales, mixtae.* » 224
III. Estinzione dell' azione.
1) §. 86. Estinzione per morte delle parti. » 225
2) §. 87. Estinzione dell' azione per prescrizione. » 229
IV. §. 88. Del concorso delle azioni. » 238

SEZIONE III.

Delle eccezioni.

I. §. 89. Concetto delle eccezioni. . . . . » 239
II. §. 90. Specie delle eccezioni. . . . . » 240
III. §. 91. Replicazione e duplicazione. . . . . » 242

SEZIONE IV.

Atti del processo.

I. §. 92. *Litis contestatio.* . . . . » 243
II. §. 93. Delle pruove. . . . . » 248
A. Mezzi di pruova in particolare.
1) §. 94. Della confessione e degli atti. . . . . » 249
2) §. 95. Del giuramento. . . . . » 252
II. §. 96. Della sentenza. . . . . » 255

SEZIONE V.

Della in integrum restitutio.

I. §. 97. Concetto della restituzione. . . . . » 266
II. §. 98. Requisiti per la restituzione. . . . . » 267
1) §. 99. Della età. . . . . » 268
2) §. 100. Dell' assenza. . . . . » 270
3) §. 101. Della violenza del dolo e dell' errore. . . . . » 272
III. §. 102. Altri requisiti per la restituzione in intiero. . . . . . . » 275
IV. §. 103. Conseguenze della restituzione. . . . . » 280
I. Appendice VI. . . . . » 281
II. Prescrizione dell' azione. . . . . » 294
III. Eccezioni. . . . . » 295

PARTE II.

LIBRO II.

DIRITTI DI FAMIGLIA.

CAPITOLO I.

DEL MATRIMONIO.

I. §. 104. Del matrimonio in generale. . . . . pag. 299
II. §. 105. Degli sponsali. . . . . » 301
III. §. 106. Degl' impedimenti matrimoniali. . . . . » 302
IV. §. 107. Delle conseguenze del matrimonio in riguardo alle persone. . . . » 304

V. Degli effetti del matrimonio sui beni.
A. Della dote.

1) §. 108. Concetto della dote. . . . . » 305
2) §. 109. Diritti del marito sulla dote durante il matrimonio. . . . . » 308
3) §. 110. Dei diritti della donna su la dote. . . . . » 312
4) §. 111. Della dote dopo lo scioglimento del matrimonio. . . . . . » 314
B. §. 112. Della donazione per nozze. . . . . » 322
C. §. 113. Delle donazioni tra coniugi. . . . . » 326
D. §. 114. Delle cose involate tra coniugi. . . . . » 328
E. §. 115. Delle pene private a cagione delle seconde nozze. . . . . . » 330
VI. §. 116. Dello scioglimento del matrimonio. . . . . » 331
Appendice VII. . . . . » ivi

CAPITOLO II.

DELLA PATRIA POTESTA'.

I. §. 117. Carattere generale della patria potestà. . . . . » 333
II. §. 118. Relazioni tra padre e figli riguardo al patrimonio. . . . . . » 334
A. Dei peculii.
1) §. 119. Del peculio profettizio. . . . . » 336
2) §. 120. Del peculio castrense e quasi castrense. . . . . » 337
3) §. 121. Del peculio avventizio regolare ed irregolare. . . . . . . » 339
B. §. 122. Delle relazioni del padre e del figlio riguardo ai terzi. . . . . » 343
1) §. 123. Dell' azione *quod iussu*. . . . . » 344
2) §. 124. Dell' azione *de peculio* e *tributoria*. . . . . » 346
3) §. 125. Dell' azione *de in rem verso*. . . . . » 348
4) §. 126. Del Senatoconsulto Macedoniano. . . . . » 349
III. §. 127. Delle relazioni tra genitori e figli. . . . . » 352
IV. Origine della patria potestà.
1) §. 128. Per nascita e adozione. . . . . » 353
2) §. 129. Per arrogazione. . . . . » 356
3) §. 130. Per legittimazione. . . . . » 360
IV. Fine della patria potestà.
A. §. 131. Per emancipazione. . . . . » 363
B. §. 132. Per altri motivi. . . . . » 365

CAPITOLO III.

DELLA TUTELA.

I. §. 133. Concetto della tutela. . . . . » 366
II. Della tutela.
A. Conferimento di essa.
1) §. 134. Della tutela testamentaria. . . . . » 369
2) §. 135. Della tutela legittima. . . . . » 372
3) §. 136. Della tutela dativa. . . . . » 374
B. Dell' accettazione della tutela.
1) §. 137. Incapacità e scuse necessarie. . . . . » 376
2) §. 138. Dell' obbligo di accettare la tutela e delle scuse volontarie. . . . » 379
C. Dell' amministrazione della tutela.
1) §. 139. Dell' amministrazione in generale. . . . . » 383
2) Dell' amministrazione in particolare.

a) §. 140. Dell'ufficio del tutore sulla persona del pupillo. . . . » 385
b) §. 141. Della interposizione dell'autorità. . . . . » 386
c) §. 142. Dell'amministrazione de' beni. . . . . » 391
D. §. 143. Delle relazioni di più tutori tra di loro. . . . . . . » 395
E. §. 144. Delle azioni derivanti dalla tutela. . . . . » 397
F. §. 145. Termine della tutela. . . . . » 401
G. §. 146. Del protutore o falso tutore. . . . . » 403

III. Della curatela.

A. §. 147. Cura de' minori. . . . . » 404
B. §. 148. Della cura di altre persone. . . . . » 406
Appendice VIII. . . . . » 408

LIBRO III.

DIRITTI REALI.

CAPITOLO I.

DEL POSSESSO.

I. §. 149. Concetto e divisione del possesso. . . . . » 413
II. §. 150. Del subbietto ed obbietto del possesso. . . . . . . » 418

III. Dell'acquisto del possesso.

A. §. 151. Dell'acquisto per azione propria. . . . . » 424
B. §. 152. Dell'acquisto per procuratore. . . . . » 429

IV. Della perdita del possesso.

A. §. 153. In generale. . . . . » 432
B. §. 154. Della perdita per procuratore. . . . . » 434
V. §. 155. Del quasi possesso. . . . . » 436

CAPITOLO II.

DELLA PROPRIETA'.

I. Carattere giuridico del diritto di proprietà.

A. §. 156. Concetto della proprietà e de' diritti in essa contenuti. . . . » 437
B. §. 157. Limitazioni del diritto di proprietà . . . . » 438
a) §. 158. Limitazioni rispetto alle alienazioni . . . . » 441
C. §. 159. Diverse specie di proprietà. . . . . » 444

II. Dell'acquisto della proprietà.

§. 160. Dell'acquisto in generale. . . . . » 446

A. Acquisto originario.

1) §. 161. Della occupazione. . . . . » 447
a) §. 162. Del tesoro in particolare. . . . . » 449
b) §. 163. Della specificazione, confusione, e comistione. . . . . . »
2) §. 164. Dell'acquisto della proprietà per accessione. . . . . . » 453
3) §. 165. Dell'acquisto della proprietà sui frutti. . . . . . . » 457

A. Della usucapione ordinaria.

1) §. 166. Requisiti di essa. . . . . » 461
a) §. 167. Continuazione (possesso qualificato). . . . . . . » 465

b) §. 168. Continuazione (tempo per prescrivere). . . . . » 473
2) §. 169. Interruzione della usucapione. . . . . » 478
B. §. 170. Della usucapione straordinaria. . . . . » 479
C. Acquisto derivato.
§. 171. Della tradizione. . . . . » 480
III. Mezzi per la tutela della proprietà.
A. §. 172. Della *rei vindicatio*. . . . . » 484
B. §. 173. Della *Publiciana in rem actio*. . . . . » 491
C. §. 174. *Interdictum uti possidetis*. . . . . » 494
IV. §. 175. Perdita della proprietà. . . . . » 500
Appendice IX. . . . . » ivi

CAPITOLO III.

DELLA SERVITU'.

I. §. 176. Carattere di essa. . . . . » 507
II. §. 177. Diverse specie di servitù. . . . . » 510
A. §. 178. Delle servitù reali. . . . . » 514
1) Delle servitù reali in particolare.
a) §. 179. *Servitutes praediorum rusticorum*. . . . . » 518
b) §. 180. *Servitutes praediorum urbanorum*. . . . . » 522
2) Delle servitù personali.
a) §. 181. Dell' usufrutto. . . . . » 526
aa) §. 182. Obblighi dell' usufruttuario e specialmente della cauzione. . . . » 531
b) §. 183. Del quasi usufrutto. . . . . » 533
c) §. 184. Dell' uso. . . . . » 534
d) §. 185. Dell' *habitatio* e *opera servorum*. . . . . » 537
III. Acquisto delle servitù.
A. §. 186. Per private disposizioni. . . . . » 538
B. §. 187. Acquisto delle servitù per usucapione. . . . . » 543
d. §. 188. Acquisto per sentenza giudiziale e per legge. . . . . . . » 546
IV. Mezzi per tutelare le servitù.
A. §. 189. Dell' azione confessoria e negatoria . . . . » 547
B. §. 190. Interdetti possessorii. . . . . » 550
C. Della estinzione del diritto di servitù.
A §. 191. Della estinzione delle servitù in generale. . . . . » 554
B. §. 192. Estinzione nel diritto di servitù per non uso. . . . . . . » 556

CAPITOLO IV.

DELLA ENFITEUSI E SUPERFICIE.

I. Della enfiteusi.
A. §. 193. Concetto della enfiteusi, diritti ed obblighi dell' enfiteuta. . . . » 558
B. §. 194. Costituzione della enfiteusi. . . . . » 560
C. §. 195. Estinzione della enfiteusi. . . . . » 563
II. §. 196. Della superficie. . . . . » 563

CAPITOLO V.

DIRITTO DI PEGNO.

I. Carattere giuridico del diritto di pegno.

1) §. 197. Concetto e divisione del pegno. . . . . » 565
2) §. 198. Dell' obbietto del pegno. . . . . » 470

II. Acquisto del diritto di pegno.

1) §. 199. Dell' acquisto in generale, dell' acquisto per private disposizioni in particolare. . . . . » 574
2) §. 200. Del pegno testamentario e giudiziale. . . . . » 577
3) §. 201. Del pegno legale. . . . . » 578
4) §. 202. Della trasmissione dell' ipoteca. . . . . » 581

III. Delle relazioni giuridiche conseguenti al pegno.

A. Diritti del creditore pignoratario.

1) §. 203. Del *ius distrohendi*. . . . . » 582
2) §. 204. Della *dominii impetrotio*. . . . . » 586
B. §. 205. Diritti del debitore pignoratizio. . . . . » 589

C. Relazioni tra molti creditori.

1) §. 206. Delle relazioni dei diversi creditori in generale. . . . . . » 590
a) §. 207. Dei pegni privilegiati. . . . . » 591
b) §. 208. Della priorità del pegno. . . . . » 594
c) §. 209. Relazione tra creditori di diverso grado . . . . » 395

V. Dei mezzi per tutelare il pegno.

1) §. 210. Azione reale. . . . . » 596
2) §. 211. Dell' *interdictum Salvianum*. . . . . » 599
3) §. 212. Altre azioni che competono al creditore pignoratario. . . . » iv
V. §. 213. Dell' estinzione del diritto di pegno. . . . . » 600
Appendice X. . . . . » 602